

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CULTURA JURIDICA ESPAÑOLA

Gregorio Peces-Barba

*Universidad Complutense*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS APORTACIONES HASTA LA GUERRA CIVIL.—III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESPUÉS DE LA GUERRA CIVIL.—IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CULTURA JURÍDICA ESPAÑOLA A PARTIR DE LOS AÑOS SESENTA.—V. CONCLUSIÓN PROSPECTIVA.

## I INTRODUCCION

La puesta en funcionamiento, por fin, del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, puede ser un buen momento para hacer una reflexión sobre la situación a nivel académico, científico y de publicaciones de los derechos fundamentales en la Cultura jurídica española actual. Sobre la base de una conferencia pronunciada en Milán en este año 1981 (1) parece evidente que se puede deducir en los últimos años una corriente de interés, no sólo político o de lucha reivindicativa, sino desde la óptica del trabajo de los profesores universitarios por este tema. La propia creación del Instituto de derechos humanos no es sólo la ocasión para este trabajo sino también la última etapa de un proceso de desarrollo de una perspectiva de investigación que se inició en la Universidad de Madrid, tanto en la Complutense como también en la Autónoma, y que hoy tiene focos, como veremos, en las Universidades de Granada, Sevilla y Salamanca de una manera más sistemática y estable, aunque también en otras Universidades como la de Zaragoza, Valencia o Deusto se encuentran también muestras de esa preocupación. Un número considerable de tesis doctorales en los últimos años son también signo evidente de esa realidad de

(1) La conferencia que llevaba el mismo título que este artículo se impartió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán por invitación del profesor Treves con asistencia, entre otros, de los profesores Scarpelli y Ferrari, el 17 de marzo de 1981.

interés preferencial por los derechos fundamentales en la cultura jurídica española. La comparación con trabajos similares en otros países de nuestra misma área cultural, en Europa, como Italia, Francia y Portugal (2) se resuelve a nuestro juicio muy favorablemente para nosotros. En América Latina, donde esa preocupación existente, especialmente en Costa Rica, México, Venezuela, Chile y Argentina (3), también el planteamiento español reviste caracteres de ma-

(2) Por ejemplo, en Portugal no conocemos trabajos similares a los que se hacen en España. En Italia tampoco, aunque algunos autores han trabajado el tema de los derechos fundamentales en general, aunque no se han planteado un estudio sistemático del problema ni han intentado la construcción de una ciencia ni de una filosofía de los derechos fundamentales. Así se pueden encontrar, entre otros, JEMOLO, A. C., *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè, Milán, 1961; TESTA A., *I diritti dell'Uomo*, Capelli, 1962; COTTA, S., BOGNETTI, G., FERRI, G. B., y FLICK, G. M., *Diritti fondamentali dell'uomo*, «Quaderni di Iustitia 27», Giuffrè, Roma, 1977. Especialmente los tres primeros trabajos: PASINI, D., *I Diritti dell'Uomo*, «Saggi di Filosofia Politico-Giuridica», Jovene, Nápoles, 1979. Se trata de una recopilación de cuatro ensayos desde la perspectiva de la filosofía política y también de la jurídica. Es especialmente interesante para el tema que nos interesa el primero de ellos, titulado *Il problema dei diritti dell'uomo*, donde, además de hacer un recorrido histórico, afronta la relación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales con afán integrador, aceptando, frente a la posición liberal, la posibilidad de realizar esa unidad desde un concepto amplio y comprensivo de libertad (págs. 27 a 49); Bobbio se ha ocupado hasta ahora sólo incidentalmente del tema en algunos artículos, especialmente, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», XLII (1965) y *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, *Comunità internazionale*, XXIII (1968), ambos reproducidos en «Il problema della guerra e le vie della pace», Il Mulino, Bolonia, 1979. Asimismo ha publicado *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, «Arti Grafique, Turin, 1951; *Equaglianza e dignità degli uomini*, en la obra colectiva *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, Cedam, Padua, 1963 y, por fin, *Il preambolo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, «Rivista di diritto internazionale», LVII, 1974, núm. 3. Debo señalar a NERI, D., *La libertà dell'uomo*, Editori reuniti, Libri di base, Roma, 1980.

En Francia, pese a que existe una asignatura de Libertades Públicas en la licenciatura de Derecho, tampoco ha existido una reflexión histórica o de teoría general suficientemente profunda. Los libros generalmente son libros de texto para responder al programa de la asignatura de libertades públicas aunque algunos son muy apreciables. Así, vid. RIVERO, J., *Cours de libertés Publiques*, «Les Cours de Droit», París, 1971 y del mismo autor, *Les Libertés Publiques*, dos tomos, P.U.F., París, 1973 y 1977, respectivamente; BURDEAU, G., *Les Libertés Publiques*, «Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence», París, 3.ª ed., 1966; ROBERT, J., *Libertés Publiques*, Ed. Montchrestien, París, 1971; ROCHE, J., *Libertés Publiques*, Dalloz, París, 2.ª ed., 1971; FENET, A., *Les Libertés Publiques en France*, P.U.F., París, 1976; MADIOT, Y., *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, París, 1976.

(3) En Costa Rica está surgiendo en torno a la Corte Interamericana

yor profundidad, globalidad y originalidad. Y aunque analizaremos las razones que, a nuestro juicio, han producido esos resultados no parece improcedente decir ya desde el principio que la perspectiva adoptada en España —centralmente desde el ámbito de la Filosofía del Derecho y por profesores de esa materia— ha favorecido la mayor importancia y la mayor dedicación a una reflexión central de teoría general y de historia de los derechos fundamentales. No se trata, si se conocen mis plantamientos y mi trayectoria intelectual— de ningún alegato nacionalista, o de afirmación nacional, es simplemente la conclusión a que se llega después de conocer a fondo el tema en la Cultura jurídica europea y americana. Creo que éste es un ejemplo para sacudirmos ese cierto complejo de inferioridad que los españoles llevamos auestas en el ámbito de las ciencias en general y de las ciencias sociales en particular. Al menos en este campo llevamos algunas delantera hoy, cuando partimos con mucho retraso en la historia de los derechos fundamentales en el mundo moderno ya a partir del siglo XVII y de ahí en adelante.

No se puede tampoco ocultar el impulso que ha producido para estos estudios la nueva situación política española que los ha facilitado mucho. Especialmente a partir de la Constitución de 1978 y de la puesta en marcha del Tribunal Constitucional en julio de 1980, se ha multiplicado el interés y su concreción en múltiples estudios doctrinales. Es probable que también la aceptación por España a partir de 1.º de julio del recurso individual previsto en el artículo 25 del Convenio Europeo de derechos humanos, pueda suponer otro paso adelante.

No nos vamos a ocupar aquí de los centros de acción más práctica o política en el campo de los derechos humanos como Amnistía

---

con sede en San José un Instituto de Derechos Humanos, respecto del cual cabe esperar un importante impulso en la reflexión de los derechos humanos en aquel continente. En este país, vid. también HERNÁNDEZ, R. y TREJOS, G., *La tutela de los derechos humanos*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1977. En Argentina se puede ver BIDART CAMPOS, G. J., *Los derechos del hombre*, Ediar, Buenos Aires, 1973 y RAMELLA, P. A., *Los derechos humanos*, Buenos Aires, 1980. En Chile se puede encontrar la obra de HÜBNER GALLO, J. I., *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, 1973; en México, junto a los manuales tradicionales de garantías y de amparo procede resaltar la interesante obra colectiva, *Veinte años de evolución de los derechos humanos* con trabajos, entre otros, de ALCALÁ ZAMORA, CUADRA, NORIEGA, GARCÍA RAMÍREZ, FIZ ZAMUDIO, GARCÍA BAUER, etc. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974 y en Venezuela, BREWER-CARIAS, A. R., *Garantías Constitucionales de los derechos del hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1976. Para una más amplia bibliografía vid. mi obra, *Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, 3.ª ed., Madrid, diciembre 1980.

Internacional, los Amigos de la Unesco, o la Asociación pro derechos humanos, que desarrollan su trabajo en el ámbito de las situaciones y conflictos concretos que se producen en la realidad de cada día y que son también un elemento imprescindible para la defensa de los derechos humanos sino que el ámbito de nuestro trabajo es, como hemos dicho al principio, la reflexión de los profesores y el interés que en el ámbito académico universitario se ha dedicado a los derechos fundamentales.

Un recorrido histórico arrancando desde principios de siglo nos va a permitir situar el tema en el tiempo que directamente nos interesa y que es el posterior a la guerra civil de 1936-39, hasta llegar a estos últimos años. Una caracterización general de los rasgos del modelo español en este tema y una conclusión prospectiva y crítica que permita desvelar los campos aún insuficientemente explorados o no explorados en absoluto cerrará el trabajo.

## II. LAS APORTACIONES HASTA LA GUERRA CIVIL

La preocupación por los derechos individuales no tiene precedentes académicos importantes en el siglo XIX ni menos aún en el siglo XVIII y tampoco es pretensión de este artículo su examen pormenorizado (4). Para lo que nosotros interesa probablemente

(4) Vid. en ese sentido respecto al siglo XVIII, ELORZA, A., *El liberalismo democrático en torno a 1789* (I y II) en *La ideología liberal en la ilustración española*, Tecnos, Madrid, 1970. Vid. para el siglo XIX GIL CREMADES, J. J., *El reformismo español: krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969. Ni siquiera Giner de los Ríos, catedrático de Filosofía del Derecho se ocupará de forma sistemática de una teoría general de los derechos fundamentales. Vid. en ese sentido, DÍAZ, E., *La Filosofía social del krausismo español* y especialmente en páginas 133 y siguientes. «Libertad-necesidad y Libertades políticas fundamentales», Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973 y en la edición de las Obras Completas de Giner de los Ríos (XX tomos Ed. La lectura y Espasa-Calpe, Madrid, 1916-1936), los tomos V *Estudios jurídicos y políticos* y XIII-XIV, *Resumen de Filosofía del Derecho*. Vid. también el discurso de Alonso Martínez en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión de 4 de octubre de 1869 cuya segunda parte se titula *Teoría de los Derechos Individuales*, recogido en «Estudios sobre Filosofía del Derecho», Imprenta de Eduardo Martínez García, Madrid, 1874, donde Alonso Martínez hace una crítica a la teoría que él califica de individualista y de hegeliana de los derechos absolutos, defendiendo la tesis de los límites de esos derechos. Tampoco es un planteamiento que nos sea de mucha utilidad como precedente del actual estado de la cultura jurídica española en el ámbito de los derechos fundamentales, sino que más bien se sitúa en las polémicas coyunturales, con la explosión democrática de 1869, y especialmente frente a

haya que esperar a la traducción en 1908 de la obra de Jellinek sobre «la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» que contiene un estudio preliminar de Adolfo Posada (5). En este estudio introductorio amplio que —ocupa desde la página 7 a la 80— el profesor Posada, entonces en la universidad de Oviedo, da cuenta de la polémica producida en torno al libro de Jellinek con el trabajo de Boutmy que le contesta (6) y con la respuesta de Jellinek (7) y publica también en la edición castellana esta respuesta de Jellinek. No publica el trabajo de Boutmy, aunque en la introducción lo resume suficientemente porque se incluyó después de su muerte en una obra póstuma «Etudes Politiques» y dice Posada que por eso «no ha sido posible incluirlo como trabajo separado en este tomo» (8). Tiene pues el valor de trasladar al lector de len-

posiciones de Castelar en sus intervenciones parlamentarias reiteradamente aludidas por Alonso Martínez en su trabajo.

(5) «*La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción de la segunda edición alemana, Victoriano Suárez, Madrid, 1908. Sobre la obra de Posada vid. el excedente libro de F. J. Laporta, que fue su tesis doctoral *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, donde aunque se ocupa del tema de los derechos fundamentales en Posada (Vid., págs. 195 y sigs.) no destaca, a mi juicio, suficientemente la importancia de este estudio preliminar para la historia de los derechos fundamentales en España. Vid. también ROBLES, G., *El origen histórico de los derechos humanos: Comentario de una polémica*, donde se explica la polémica en torno a esta obra de Jellinek entre éste y Boutmy, aunque no se recoge esta edición castellana ni tampoco el estudio introductorio de Adolfo Posada. Adolfo Posada había tenido pronto conocimiento e interés por la polémica entre Jellinek y Boutmy, puesto que ya en 1903, en el Tomo IV de la «*Revista Jurídica de Cataluña*» (Barcelona, págs. 225 a 245) y en su sección doctrinal publicará noticia del tema con el título *El origen de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Una discusión interesante*. Allí ya apunta su visión integradora al intentar conciliar las dos posiciones: «...¿No procederán las diferencias que al pronto parecen tan irreductibles en las tesis de los dos escritores, de la diversidad de puntos de vista en que se colocan: de un lado, el del profesor alemán, el punto de vista particular de la génesis histórica de la idea de la declaración por su forma legal, y de otro, el del publicista francés, el punto de vista más amplio y general de la evolución total de la vida política con la consideración de todos los influjos universales que en tal evolución se advierten...?» (pág. 244).

(6) «*Anales des Sciences Politiques*», Tomo XVII, París, 1902, págs. 415-443, con el título de *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*.

(7) En la «*Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*». Tomo XVIII, París, 1902, págs. 385 a 400 (Posada no cita en la nota donde da noticia de este trabajo de Jellinek la fecha de su edición, vid. pág. 12).

(8) La cita de Posada es de la página 15 y la obra de Boutmy se publicó en 1907 en Armand Colin.

gua castellana una polémica muy reciente en torno al origen histórico de los derechos fundamentales. Asimismo da cuenta de algunas posiciones tomadas por algunos profesores en torno al tema. Así la de Larnaude que prologa la edición francesa de la obra de Jellinek (9) y también la de Janet «Histoire de la Science politique dans ses rapports avec la morale», que es anterior a la propia obra de Jellinek donde el autor francés se había también ocupado de las relaciones entre las declaraciones americana y francesa (10). Sin embargo, su información no es completa puesto que omite quizá el trabajo más importante de todos los publicados en torno a la polémica histórica iniciada por Jellinek. Me refiero al amplio estudio publicado por Doumergue, profesor de la Facultad de Teología protestante de Montauban, también en la «Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger» titulado «les origines historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» (11).

En todo caso el estudio preliminar de Posada, con esas carencias es importante para la cultura jurídica española, además de por la información que proporciona sobre una importante polémica, porque fundamenta el planteamiento de los derechos humanos en el análisis histórico, al valorar convenientemente la investigación histórica de Jellinek y porque atisba la importancia de la positivación de los derechos fundamentales.

Todo el trabajo de Posada supone la descripción y la aceptación matizada de la necesidad del análisis histórico, lo que supone también la aceptación de la idea de que los derechos fundamentales son un concepto histórico propio del mundo moderno que se desarrolló a partir del tránsito a la modernidad y no un concepto abso-

(9) Con traducción de Georges Fardis, el mismo abogado que traducirá la respuesta de Jellinek a Boutmy y publicada en Albert Fontemoing, París, 1902.

(10) La tercera edición que es la que incorpora ese estudio de las declaraciones de derechos en América y Francia, es de 1887 y aunque Posada no lo dice (vid. nota 1 en pág. 29), el editor es Alcan. La primera edición es de 1848 y aún existe una póstuma en 1913, Janet había muerto en 1899, con una introducción de G. Picot, Secretario Perpetuo de la Academia de Ciencias Morales y Políticas que he podido manejar en la Biblioteca Nacional de París.

(11) Tomo XXI, París, 1904, págs. 673 a 733. Tampoco Posada parece conocer los trabajos de DEL VECCHIO, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, Génova, 1903 y *Sulla teoria del contratto sociale*, Bolonia, 1906, trad. castellana con el título *Los derechos del hombre y el contrato social*, Reus, volumen XXI, 1914 (traducción de M. Castaño). Asimismo se reproducen en el volumen *Persona, Estado, Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, Prólogo del profesor Fraga Iribarne.

luto y permanente que se puede encontrar en todos los momentos de la historia de la humanidad. En este sentido se desarrollará una tendencia de investigación en ese campo que yo comparto y he contribuido en lo posible a desarrollar.

Vinculado a ese carácter «historicista» del fundamento de los derechos humanos, se encuentra una formulación que lo que yo luego he llamado la teoría dualista de los derechos fundamentales y también la importancia que otorga a su inserción en el nivel constitucional, vinculando la evolución histórica de los derechos con la evolución del Constitucionalismo.

Cuando Posada, refiriéndose al empeño de Jellinek dice que «... se puede formular en términos generales aludiendo al grave asunto de la conversión en leyes del Estado de las exigencias abstractas impuestas al mismo, o bien de qué manera una idea se transforma en Derecho positivo...» (12), no cabe duda de que se está refiriendo a ese paso, que el análisis histórico nos revela, del mundo de los valores o de la ética, fundados en la dignidad del hombre, al mundo del Ordenamiento jurídico positivo. Y esta tesis la refuerza cuando lo vincula al propio movimiento constitucional. Así dirá «... La tesis podría formularse en términos de mayor generalidad, señalando el influjo del movimiento Constitucional americano sobre las Constituciones francesas... ya que al fin y al cabo las Declaraciones de derechos, jurídicamente consideradas, son una parte integrante del régimen Constitucional, como lo demuestra el hecho de su incorporación a las Constituciones escritas que son, sin duda, la expresión legislativa en que se condensa y que caracteriza al Derecho político contemporáneo» (13). A esa parte de las Constituciones la llama parte dogmática, diferenciándola de la parte orgánica que se refiere a la organización de los poderes, distinción que hoy es un lugar común del Derecho Constitucional, y si lo traigo a colación es porque Posada en nota atribuye el origen de la distinción a Giner de los Ríos y a Calderón en su obra «Principios de Derecho Natural» (14).

Insistirá en el tema de la vinculación de las declaraciones «dentro de la génesis general de las Constituciones escritas pero tiene su camino y canal propio» (15) y en su fijación por el tema llegará a decir algo para nosotros excesivo: «... las doctrinas del derecho

(12) *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, cita: página 20.

(13) *Obra citada*, págs. 34 y 35.

(14) *Obra citada*, nota y pág. 35.

(15) *Obra citada*, págs. 57 y 58.



natural jamás han producido una declaración de Derechos...» (16). En efecto, en la plural y compleja génesis progresiva de los derechos fundamentales el iusnaturalismo racionalista tendrá influencia y además no es separable del origen religioso que Jellinek atribuye y que Posada acepta como principio histórico de los derechos fundamentales. Lo mismo hay que decir de «la Ley inglesa tradicional» que también es apartada a nuestro juicio ligeramente por Posada de la paternidad histórica de nuestro tema (17). En la conclusión de su trabajo Posada buscará una posición integradora entre Jellinek y Boutmy y ese esfuerzo le llevará a superar sus propias simplificaciones. Eso se desprende de la pregunta que él mismo formula ya al final de su estudio, cuando refiriéndose a las tesis de ambos profesores dirá: ¿«Se excluyen en una concepción más comprensiva del período revolucionario, dentro del cual se produjo la Declaración francesa la acción del ejemplo, de la imitación, del precedente inmediato de las Constituciones americanas, con la génesis del primer «derecho del hombre» a que alude Jellinek, y la influencia de las ideas filosóficas del siglo XVIII, que por tal manera habían transformado las aspiraciones políticas de Francia...»? (18).

Con todos los matices que se quiera este estudio de Posada es, a mi juicio, un primer elemento importante para comprender el sentido de los derechos fundamentales en la cultura jurídica actual.

La aproximación de Posada se sitúa en el ámbito ideológico del pensamiento liberal y creo que una aportación, también anterior a la guerra civil, pero situada en el ámbito del pensamiento socialista, debe ser traída a colación porque supone, sin duda, un antecedente imprescindible para explicar muchas de las posiciones actuales en el ámbito de la cultura jurídica española en nuestro tema.

Se trata de las posiciones de algunos profesores socialistas que en este ámbito académico en que se mueve este trabajo contribuyeron, frente a las posiciones leninistas, partidarias, con su revisión del marxismo, de la dictadura del proletariado, a aproximar al pensamiento que ellos sustentaban a la perspectiva de los derechos

(16) *Obra citada*, págs. 59 y 60.

(17) *Vid. obra citada*, pág. 59.

(18) *Obra citada*, pág. 79. Aunque no está referida directamente al tema se puede citar también la obra de POSADA, *La crisis del Estado y el derecho político*, Bermejo, Madrid, 1934, producto de unas conferencias en la Cátedra Valdecilla, con motivo de las bodas de Oro de su acceso a la cátedra en 1883, donde hace reflexiones sobre la libertad en la crisis del Estado liberal democrático. Asimismo, *Tratado de Derecho Político*, 5.ª ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1935, Tomo II, págs. 272 y sigs.

fundamentales. A mi juicio hay que referirse especialmente a Besteiro y a Fernando de los Ríos, porque sus reflexiones, que veremos, suponen elementos imprescindibles para asumir críticamente y enriquecer la concepción de los derechos fundamentales, que otros sectores del socialismo querían pura y simplemente tirar por la borda, para superar la alienación del hombre y construir la teoría de su liberación. Besteiro y Fernando de los Ríos suponen precisamente la defensa de la libertad y del cauce de la democracia, de la Constitución y de los derechos fundamentales para el socialismo. La posibilidad de construir una teoría jurídica de los derechos económicos sociales y culturales y de incorporar elementos igualitarios a los viejos e irrenunciables derechos liberales es muy deudora de su aportación (18 bis). En definitiva la idea de que los grandes objetivos liberales, entre los cuales están de manera eminente los derechos fundamentales, necesitan del soplo igualitario del socialismo y, al mismo tiempo, la idea de que ese esfuerzo igualitario tiene que hacerse con los esquemas de la libertad es la herencia de estos dos profesores, que en gran parte es aplicable a nuestro tema.

La obra de Julián Besteiro que nos interesa es su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas leído en la sesión de 28 de abril de 1935 (19). Como Besteiro no es jurista, su reflexión no entra en los temas directos que a nosotros interesan, pero sí en una clara toma de postura frente al dogmatismo. Así dirá que es importante «...la eliminación, en las mismas concepciones socialistas, de todo elemento incapaz de ser penetrado por la razón, de todo resto de pretensiones dogmáticas y de verdades absolutas, de todo intento de hallar la solución de los problemas sociales en una concepción cerrada perfecta y definitiva (20). Por

(18 bis) Sobre este tema en general, vid. mi trabajo *El socialismo y la libertad* en mi obra *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978 también ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Edicusa, Madrid, 1965, 4.ª ed. 1973 y el excelente estudio preliminar de VIRGILIO ZAPATERO, *Marxismo y Ética*, al libro de textos seleccionados por el mismo autor y titulado *Socialismo y Ética: textos para un debate*, Editorial Pluma, Editorial Debate, Madrid, 1980.

(19) Cito por la edición de Júcar, Madrid, 1979. Sobre Besteiro vid. EMILIO LAMO DE ESPINOSA, *Filosofía y política en Julián Besteiro*, Edicusa, Madrid, 1973.

(20) *Marxismo y antimarxismo*, edición citada, pág. 31. Y esta posición se mantiene desde una perspectiva que él expresamente pretende marxista, aunque como él mismo dice «...En esta vuelta o reafirmación de Marx, lo que importa no es repetir servilmente las sentencias del maestro, sino conservar viva la fuente de su inspiración. No es un marxismo dogmático y

eso es lógico y más en 1935 que Besteiro acepte, desde el modelo socialista democrático el marco de las instituciones liberal-representativas, entre las cuales está la concepción de los derechos fundamentales para la construcción del socialismo. Así dirá caracterizando su modelo en contraposición al modelo comunista que... «la diferencia se produce cuando se trata de determinar cual es el modo de actuar propio de los Partidos Socialistas en este momento de transición: la acción política dictatorial proletaria, según los comunistas; la acción política proletaria dentro del marco de las instituciones democráticas, creadas por la burguesía con el concurso del proletariado según los socialistas democráticos...» (21).

No es por consiguiente extraño en este contexto que Besteiro dedique parte importante de su discurso a desvalorizar y a rechazar el concepto de dictadura del proletariado que desde el leninismo era el adversario frontal de la filosofía de los derechos fundamentales (22).

En Fernando de los Ríos, su condición de profesor de Derecho Político le acerca más al tema en varias de sus obras (23).

En las primeras líneas de «El sentido humanista del Socialismo» subrayará: «la última unidad orgánica que forman el sentido humano de la libertad y las exigencias cardinales de Justicia que alimentan la corriente espiritual del Socialismo...» (24). El enfoque histórico que hace partir del moderno humanismo y la moderna idea de la libertad del Renacimiento, conecta con el carácter histórico del concepto de los derechos fundamentales, que son directamente tratados en el capítulo II de la primera parte que denominará precisamente «La traducción jurídico-política del humanismo» donde precisará sus ideas al respecto: «... No hay duda de que fue en el regazo del Renacimiento donde se engendró el moderno sen-

estático lo que hay que mantener en pie, sino un marxismo crítico y dinámico, como fue durante toda su vida el marxismo de Carlos Marx» (pág. 34).

(21) *Obra citada*, pág. 89.

(22) Vid. *obra citada*, págs. 88 a 98.

(23) Vid. especialmente *El sentido humanista del Socialismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1926; actualmente existe una excelente edición de Elías Díaz con un estudio preliminar del mismo profesor en editorial Castalia, Madrid, 1976. Vid. también la edición preparada por el profesor Virgilio Zapatero sobre diversos trabajos de Fernando de los Ríos y que titula *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, Taurus, Madrid, 1974. Sobre Fernando de los Ríos es necesario conocer también el libro del profesor Zapatero *Fernando de los Ríos: los problemas del Socialismo democrático*, Edicusa, Madrid, 1974.

(24) *El sentido humanista del Socialismo*, edición de Elías Díaz, citada, página 65.

tido de la libertad...» (25). La precisión y el origen religioso y político de las declaraciones de derechos demuestra que tiene en cuenta, aunque no la cita, la polémica Jellinek-Boutmy.

«...Cada vez con mayor conciencia de las necesidades prácticas fue madurando en el decurso de los siglos, ya por obra de experiencias religiosos y políticas en el seno de comunidades protestantes, bien mediante las polémicas que encienden idealmente a Inglaterra durante la revolución del XVII, o en las nuevas sociedades fundadas en Norteamérica por los peregrinos puritanos, todo lo cual da al fin por fruto los vigentes textos políticos ingleses del XVII, el Bill de derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789). El común divisor de estos documentos es un igual concepto de la libertad jurídica y política del hombre; esto es una análoga concepción del humanismo jurídico...» (26).

Y más tarde se referiré, con una posición muy clara, a un tema clave, no sólo para la historia de los derechos fundamentales, sino para la propia consideración de éstos como instrumentos aptos para conseguir la autonomía moral del hombre. Una cierta interpretación del socialismo que nace en el propio Marx (27) y que se desarrolla en su interpretación leninista rechazará a los derechos fundamentales como instrumentos de la clase burguesa para la defensa de sus intereses. Ciertamente que históricamente los derechos fundamentales surgen, en la cultura jurídica, por impulso de la burguesía pero tienen una vocación de universalidad que les lleva a independizarse de sus autores como los personajes de Pirandello. La tesis de Marx y de la interpretación leninista alejaba a los derechos fundamentales de la aportación socialista, lo cual fue un error en el que no cayó el socialismo democrático. Fruto de esa concepción positiva son los derechos económicos sociales y culturales y todas las aportaciones socialistas que han enriquecido este tema. De los Ríos tendrá una posición muy clara defendiendo la vocación de universalidad de los derechos proclamados en el siglo XVIII.

«...Si se ha atacado o defendido aquella edad en nombre del

(25) *Obra citada*, pág. 85.

(26) *Obra citada*, pág. 85.

(27) Vid. especialmente *Sobre la cuestión judía* en los «Anales Franco Alemanes», núm. L, febrero de 1844. Vid. la edición de Francisco Rubio en «Antologías del Pensamiento Político», volumen V. KARL MARX, *Escritos de juventud*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1965. Sobre este tema vid. el artículo del profesor MANUEL ATIENZA, *La crítica de Marx a los derechos humanos*, «Sistema», núm. 37, Madrid, julio 1980.

individualismo es por haber interpretado como meros textos jurídicos los documentos y obras que con referencia a la vida del Estado, del Derecho o de la Economía se produjeron. Más si se les analiza como expresiones de una filosofía social y de una visión de la vida, aparece claro, transparente, que las medidas concretas, jurídicas o políticas por que se propugnan o se establecen, no los justifican sus autores en nombre del individuo..., sino en virtud de su concordancia o discordancia con el bien común, con el interés general, lo cual es prueba evidente del carácter objetivo, universal, del fin a que aspiran y del fundamento de la concepción...» (28).

Pero aún lo dirá con más claridad, unas páginas más adelante: «...Cuando se dice que el Código de Napoleón es el hijo legítimo de la Revolución Francesa, se defiende, a juicio nuestro, por lo menos una tesis parcial. Ese Código es la tesis de la clase social triunfante; pero, es acaso extraño a las entrañas de la Revolución la idea de Baboeuf, que representa sin embargo la antítesis del Código de Napoleón? Ambas tesis y antítesis están contenidas en la síntesis germinal de la Declaración de Derechos; y es al desplegarse históricamente las fuerzas contenidas en el ideario de la Declaración de Derechos, documento-símbolo que se había gestado durante siglos en razas y pueblos distintos, cuando sobrevienen las oposiciones de intereses que ilustran el desenvolvimiento dialéctico de la Historia...» (29). Elevando el punto de mira desde la continuidad progresiva entre liberalismo y socialismo, tesis que afecta al concepto de derechos fundamentales, Virgilio Zapatero, comentando el pensamiento de De los Ríos lo calificará certeramente: «...el liberalismo, la democracia liberal, lleva en sus entrañas los gérmenes del socialismo. Sólo es preciso acelerar el parto. Socialismo y Liberalismo es el mismo fruto en distintas fases de maduración.» (30).

No es, por consiguiente, de extrañar que encontremos en Fernando de los Ríos ardorosas defensas de la libertad, que son fundamento de una filosofía integradora y abierta de los derechos fundamentales. Así en una conferencia pronunciada en el teatro de los

(28) *Obra citada*, pág. 99.

(29) *Obra citada*, pág. 102. Repetirá la misma idea en la tercera parte que denomina *La esencia del socialismo*, al decir: «...Las declaraciones rutilantes de la Revolución Francesa están impregnadas de ese sentido que, de acuerdo con Max Weber, debe ser llamado carismático, de ahí el carácter genérico, universalista, de sus principios y el tono sacerdotal que anima la palabra de sus más preclaros oficiantes...» (pág. 184).

(30) *Fernando de los Ríos: Los problemas del socialismo democrático*, citado, pág. 190.

Campos Elíseos en 1929 dirá: «...el mundo se divide en dos grupos de hombres: los que quieren vencer y los que quieren convencer; que el que vence no convence, y a la postre se hunde dentro de la propia violencia que para vencer a necesitado ejercitar, y el que convence vence siempre. Fijaos hasta en la estructura, en la belleza de la estructura de esta palabra convencimiento. Es decir que en el convencimiento todos son vencidos... Pero el arma del convencimiento no es capaz de emplearla, no puede emplearla sino el que tiene un sentido íntimo de la libertad. El hombre liberal es el que fía a la razón; el hombre no liberal, no. No me importa que milite, a su juicio, en la izquierda o en la derecha. A veces desgraciadamente, si falta en las izquierdas una corriente intensamente liberal se pone en riesgo la más alta cultura que es la conciencia liberal...» (31).

Y más adelante dirá: «...Cuando el hombre en la vida civil, se siente hollado, se siente ultrajado, se siente envilecido, aherrojado, ¿qué es lo que pide?, Libertad. Todas las vías que conducen a una de esas grandes aspiraciones eternas, ya la de la justicia, ya la de la moralidad, ya la de la belleza artística, del bien, incluso la científica o la religiosa todas ellas parte de este foco central de cultura que se llama libertad...» (32).

En ese mismo trabajo planteará el tema económico y su vinculación con las vías de los derechos fundamentales. Así dirá que «...la gran cuestión para el socialismo está en insertar todas sus reivindicaciones económicas dentro del sentido de la libertad» (33). Para un trabajo como el que pretendemos, son suficientes las muestras que señalamos para valorar la importancia de la aportación de Fernando de los Ríos al tema de los derechos fundamentales que resumimos en estos rasgos: acercamiento del socialismo a la filosofía de los derechos fundamentales, con la defensa de la conciencia, de los heterodoxos y de los derechos de las minorías (34); importancia

(31) Recogido de la edición *Escritos sobre democracia y socialismo*, citada, página 152.

(32) En la obra citada en la nota anterior, pág. 153.

(33) En obra citada, pág. 154. De ahí es también ese hermoso texto: «Al capitalismo le interesa no la libertad de la conciencia, que es, en cambio, la que a mí me interesa... Nosotros —lo he afirmado hace ya muchos años— consideramos que allí donde haya una economía libre los hombres son esclavos y que no hay más posibilidad de hacer al hombre libre que haciendo a la economía esclava.»

(34) Sobre este tema de los derechos de la conciencia y de la defensa de las minorías y, consiguientemente, de la tolerancia y de la libertad religiosa, es importante señalar el discurso de Fernando de los Ríos en la sesión

a la indagación histórica en esta materia y justificación de la consideración de la problemática económica en el ámbito de la reflexión sobre la libertad y los derechos fundamentales.

Creo que otro rasgo interesante de la cultura jurídica española de aquellos años treinta es la preocupación histórica por indagar en los orígenes españoles de los derechos fundamentales. Desde este plano es sobre todo importante la aportación de Román Riaza con su artículo «Los orígenes españoles de las declaraciones de derechos» (35). Con anterioridad el propio Riaza cita otros precedentes como los de Martínez Marina, Muñoz Romero, Danvila, Marichalar y Manrique, Hinojosa y Altamira (36), aunque señalara que el problema era «escasamente aludido entre nosotros» (37). De todos ellos el más interesante es el de Rafael Altamira titulado «La Magna Carta y las Libertades Medievales en España» publicado en el Tomo I de la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, órgano de la Facultad de Derecho y del museo-laboratorio jurídico de la Universidad de Madrid, excelente publicación que dirigirá Rafael de Ureña y Smenjang, Decano entonces de la Facultad de Derecho. En este artículo, (38) se apunta ya lo que luego sería interés central de la indagación de Riaza: el estudio de una continuidad entre las declaraciones de derechos modernas y los textos medievales, aunque el núcleo central del trabajo de Altamira será el estudio de dos cuestio-

de las Cortes de 8 de octubre de 1931 (vid. «Diario de Sesiones» de esa fecha) como Ministro de Justicia y con ocasión del debate Constitucional donde afirma que interviene aportando «...el sereno dolor que representa en España el haber vivido siempre dentro del grupo minoritario que ha sufrido en la carne de su espíritu la persecución...». («Diario de Sesiones», núm. 52, página 1.521). Recogido también en *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, citados, págs. 335 y sigs.

(35) «Anales de la Universidad de Madrid», Letras, 1936, págs. 1 a 17.

(36) De MARTÍNEZ MARINA cita el *Ensayo... sobre la antigua legislación de León y Castilla*, publicada por primera vez en Madrid en 1808. De MUÑOZ ROMERO señala sus *Estudios sobre la Edad Media en la Península Ibérica*, discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1860. De DANVILA indicará *El Poder civil en España*, Tomo I, Madrid, 1885, págs. 314 y 315. De los señores MARICHALAR y MANRIQUE citará la *Historia de la Legislación... de España*, Tomo II, 1861, pág. 433. De HINOJOSA, su trabajo *Origen del régimen municipal de León y Castilla*, de su obra *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903, págs. 5, 24, 27, 28, 31 y 40-42.

(37) *Obra citada*, pág. 1.

(38) Es la versión castellana de un original inglés encargado por la Royal Historical Society de Londres y que se incluyó en un volumen conmemorativo de la Magna Carta, que según Altamira se publicó en 1917, con el título de *Magna Carta and spanish medieval jurisprudence*. Se publica el texto castellano en el Tomo I, 1918, número 2.º abril-junio págs. 151 a 163.

nes «...una es la de la analogía entre los derechos políticos y civiles que regula aquel documento, y los del mismo orden formulados en la legislación española de aquella época o anterior, comparando los dos cuadros respectivos como resultados de un proceso común a todas las Naciones Europeas en la Edad Media, reproducidos en dos medios sociales distintos que caminaban al mismo fin; la otra se refiere a la posibilidad de influjo de ciertas libertades prácticas españolas y de países limítrofes sobre la elaboración del programa impuesto por los barones ingleses al rey Juan...» (39).

Sobre el tema que hemos indicado, Altamira, al comparar los textos medievales ingleses y españoles proyectará esta comparación hasta el mundo moderno y así subrayará la evolución en el sistema británico que pasa sin grandes rupturas desde los textos medievales a los modernos desde el siglo XVII y la ruptura que en ese mismo tema se produce en España «...En Inglaterra, aparte algunos episodios de vaiven, el sentimiento nacional de las libertades se acentúa cada vez más a partir de 1215, y bien pronto toma una dirección resuelta y progresiva. En España, no obstante su precedencia en este orden de la vida política, se pierden los privilegios, sin que lo que ellos pierden lo gane el derecho común de los ciudadanos, porque a todos se sobrepone el absolutismo real, destruyendo lo conseguido en la Edad Media, sin sustituirlo con garantías análogas de igual amplitud...» (40). Creo que esta es una observación importante que señala no solo la comparación entre el sistema inglés y el español, sino entre el inglés y los demás continentes. donde frente a la continuidad evolutiva del sistema inglés, pragmático y vinculado a las necesidades históricas concretas de cada momento, los continentales aparecen más vinculados a una filosofía general de los valores de los derechos fundamentales generados en el mundo moderno y con un destinatario abstracto: el hombre y el ciudadano.

Con estos antecedentes Ramás Riaza plantea en su artículo un tema a mi juicio muy importante para esclarecer el concepto de los derechos fundamentales, llegando más a la raíz de lo que había formulado Altamira: «...Se trata de la tesis, tantas veces debatida de la analogía que pueda existir entre la formulación de los derechos individuales y el sistema de garantías de esos mismos derechos durante la Edad Media y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en donde vienen a desembocar, a finales del si-

(39) *La Magna Carta y las Libertades Medievales en España*, citada, página 151.

(40) *Obra citada*, pág. 163.



glo XVIII, los esfuerzos de la Enciclopedia y de la Revolución francesa...» (41). El profesor Riaza aceptará también la idea, para mí fuera de dudas, de que los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno y dentro de ese esquema intenta una posición integradora frente a las tesis parciales que se sustentan a partir de la polémica Jellinek-Boutmy:

«...Reducida así la amplitud de las afirmaciones sustentadas por Jellinek, queda ya como residuo aprovechable la idea de que la declaración de derechos como fenómeno histórico, surge con un cierto paralelismo en los Estados Unidos y en Francia; si en el primer país el movimiento podrá proceder de orígenes religiosos, en el segundo encontró un campo abonado por los propagandistas de la Enciclopedia. Todas estas causas se refunden, finalmente en un movimiento de ideas que conduce a la escuela del Derecho Natural, separándolo así radicalmente de la dilatada y lenta evolución que se encuentra en los documentos ingleses del mismo tipo...» (42).

En realidad el artículo del profesor Riaza es un esbozo, o quizás sea mejor decir un plan de investigación histórica, importante y ambicioso que la trágica muerte en la guerra civil le impidió llevar a cabo. Sin embargo, si deja claro la imposibilidad de considerar a las libertades medievales como auténticos derechos fundamentales en la forma en que se plantean en la cultura jurídica moderna. Es importante que glose positivamente una obra de Von Keller de aquellos años e incluso que califique de «*expresivo*» el título «Estudio sobre la prehistoria de los modernos derechos individuales de tipo constitucional» (43). En realidad Riaza no comparte las posiciones de aquellos que pretenden encontrar una continuidad entre los textos medievales y los modernos, con la peculiar excepción británica:

«...Comparar en bloque los derechos individuales y las garantías que los acompañan durante la Edad Media con las modernas declaraciones de derechos creo que no es afirmación sostenible, si se la

(41) *Los orígenes españoles de las declaraciones de derechos*, citada, pág. 1.

(42) *Obra citada*, pág. 2.

(43) Se trata de la obra *Freiheitsgarantien für Personen und Eigentum Mittelalter. Eine studie zur Vorgeschichte moderne Verfassungs grundrechte*, Heidelberg, 1933. Véase la nota del propio Riaza en el Tomo X del «Anuario de Historia del Derecho español», págs. 435 a 448. Sin duda la calificación positiva que entiendo da el profesor Riaza se refiere a la utilización de la palabra «prehistoria» que le parece expresiva. En la Historia de los derechos fundamentales que dirijo con la colaboración de mis compañeros los profesores Eusebio Fernández y Liborio Hierro hemos titulado también a los precedentes antiguos y medievales *La prehistoria de los derechos fundamentales*.

toma en sentido de que existe una relación causal entre aquellas fórmulas medievales y las modernas. Si, por el contrario, se da a entender que tales ideas no brotan como cosa enteramente nueva en el siglo XVIII, estimo también esta afirmación fuera de toda duda...»

Más tarde seguirá insistiendo al decir de las declaraciones medievales que «...es dudoso... tengan un paralelismo o guarden similitud como antes indicábamos, con las del siglo XVIII... Surgen a veces, como compromiso entre dos poderes que pactan... pero todo esto se obtiene gracias a una serie de privilegios, en donde por ninguna parte aparece el postulado capital de las modernas declaraciones de derechos, a saber: la igualdad ante la ley...» (44).

Riaza, por consiguiente, se suma a la tesis de los derechos fundamentales como concepto histórico del mundo moderno y acepta que los precedentes que se puedan encontrar anteriormente son sólo prehistoria porque no se dan las condiciones que hicieron posible su nacimiento en la cultura jurídica moderna. La referencia a la igualdad ante la ley conlleva la referencia al destinatario abstracto de las normas en el mundo moderno —el *homo juridicus*— que facilita la generalización jurídica de los derechos fundamentales.

La tercera y última aportación de la que nos vamos a ocupar en este apartado es la que se produce en torno a los comentarios a la Constitución de 1931. Especialmente voy a referirme al importante de Nicolás Pérez Serrano y al interesante trabajo del profesor Jiménez de Asua sobre la génesis histórica de la Constitución de 1931.

La obra de Nicolás Pérez Serrano «La Constitución Española» (45) es un comentario, con los antecedentes históricos y el análisis de los debates parlamentarios y del sentido jurídico de los preceptos constitucionales, y por eso no se trata propiamente de un libro dedicado a la problemática de los derechos fundamentales, ni mucho menos con preocupación de teoría general en esta materia. Sin embargo, en torno a los derechos fundamentales en la Constitución de 1931 Pérez Serrano hará algunas observaciones doctrinales de interés para nuestro tema. Así en la valoración inicial genérica que hace Pérez Serrano de la nueva Constitución (45) dirá ya que «...la Declaración de los derechos ofrece innovaciones de enorme trascendencia y de grandes posibilidades...» Más adelante al anali-

(44) *Los orígenes españoles de las Declaraciones de derechos*, cit., pág. 15.

(45) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932 (342 págs.).

(46) Se trata del apartado 4.º de la Introducción que titulará *Carácter d la Nueva Constitución*, pág. 32 a 45.

zar el Título III «Derechos y deberes de los españoles» concretará algunos temas, a los que ya nos hemos referido, al examinar otras aportaciones anteriores, como por ejemplo el del origen histórico o el de la caracterización jurídica de los derechos fundamentales (47).

Pérez Serrano, en cuanto a los orígenes históricos, pretenderá una actitud integradora y comprensiva teniendo en cuenta todo lo que se ha escrito sobre el tema, desde la polémica Jellinek-Boutmy.

«...Desde luego, es necesario sentar, ante todo, que esta parte dogmática, no resulta indispensable en una Constitución, pues aún sin reducir ésta a los términos escuetos de un criterio kalseniano estricto, ejemplos hay de países como la Francia contemporánea, cuyas leyes constitucionales carecen de Declaración de derechos.

Ello no obstante, lo corriente es que ésta exista, como la revela el hecho de que quizá esas Declaraciones sean la primera expresión histórica de textos constitucionales. Así, en la Edad Media, cabría ver algo de esto en las libertades que reconocen monumentos legislativos como la Carta Magna, siquieran respondieran a espíritu de clase y *no a un sentido abstracto y democrático*. Así, más tarde el Bill de Derechos consagra este género de documentos políticos de máximo valor, cuya generalización se debe luego a varios influjos convergentes: al Derecho natural, que admite la necesidad de libertades anteriores al Estado mismo; a la tradición puritana de los emigrantes que pueblan las colonias de Norteamérica, y a su propósito de afirmar reductos de independencia no asaltables por el Poder real; a la cristalización de esas convicciones y creencias en Declaraciones de influjo perenne, como la clásica de Virginia o la francesa de 1789; y finalmente a la difusión enorme que en Europa tiene el fenómeno de las Constituciones escritas, y al cual contribuyó poderosamente la fuerza expansiva de la Gran Revolución...» (48).

De este texto se desprende un intento de vincular a las modernas declaraciones de derechos con los textos medievales, tesis que sólo compartiría si se ciñese esa relación a la que existe entre la historia de los derechos fundamentales y a precedentes que, como hemos dicho, sólo se pueden calificar de prehistoria. De todas maneras Pérez Serrano distingue bien el carácter de privilegio o corporativo de los textos medievales, él usa el término «de clase», que no me parece propio, y el sentido abstracto y democrático de los textos

(47) En este sentido es especialmente interesante la introducción al Título III, págs. 119 a 126.

(48) *La Constitución Española de 1931*, citada, pág. 121.

modernos. Hay que señalar que o no comparte o no conoce el movimiento que cuatro años más tarde iba a representar Román Riaza, de indagar en los textos medievales españoles, pero que ya había iniciado Rafael Altamira porque no hace en el párrafo ninguna referencia a esta posible influencia antes incluso que la Carta Magna. Por el contrario, del párrafo que comentamos, aparecen claros los dos momentos en que se produce la formación de los derechos fundamentales —lo que llamo la teoría dualista— puesto que habla de «convicciones y creencias» y luego su «cristalización» en las Declaraciones, es decir en el Derecho positivo.

En estas mismas páginas introductorias analizará la evolución de las declaraciones de derechos que «...empezaron por demarcar la esfera individual, por trazar criterios negativos y por limitarse a cuestiones formales; hoy abarcan también lo colectivo, expresan reglas positivas y se caracterizan por su contenido...» (49). De esta descripción se puede deducir una clasificación de los derechos fundamentales por la forma de su ejercicio entre los derechos autonomía —los primeros que aparecen históricamente— y los derechos que exigen una acción positiva de los poderes públicos. Un poco más adelante ampliará la descripción para incluir también a esos derechos que por la forma de su ejercicio podemos llamar derechos de participación que amplían los derechos autonomía :«...la abstención del gobierno significaba un islote de independencia, de libertad de movimientos a favor del particular. Pero estas libertades (no detención, no prisión, no violación de correspondencia), tenían que adoptar una faz más positiva: y vinieron entonces los derechos de reunión, de sufragio, de emisión del pensamiento, etc...» (50).

También tratará otro enfoque de clasificación, y asimismo situándole en perspectiva histórica. Se trata de la clasificación por los sujetos titulares de los derechos fundamentales:

«...La preocupación del siglo XIX por el individuo conducía a la injusticia de desconocer otras realidades; la posición actual del mundo no permite ignorar que lo colectivo tiene un valor *per se*; y así, rectificando el antiguo punto de vista unilateral, se admiten hoy los derechos de las personas morales, y se advierte en los textos una gran preocupación por los organismos, por las entidades del régimen local y por los sindicatos y corporaciones...» (51). Se trata

(49) *Obra citada*, pág. 121

(50) *Obra citada*, pág. 121

(51) *Obra citada*, pág. 121

como se ve, de la distinción entre individuos y comunidades como sujetos de los derechos fundamentales.

Por fin, también en esas páginas, el profesor Pérez Serrano distinguirá entre derechos propiamente dichos, es decir que generan un derecho subjetivo, o en todo caso que son alegables ante los tribunales, y normas programa que exigen un posterior desarrollo legal, que son por consiguiente normas de organización que mandatan a los poderes públicos, fundamentalmente al Parlamento en un sentido concreto: «...Hay que separar dos grandes grupos de preceptos: los que verdaderamente responden a este nombre y son eficaces desde ahora, y los que significan mera promesa de un programa de reformas y no pueden actualizarse hasta que una ley complementaria venga a posibilitar su ejecución...» (52). En este caso no valora, a mi juicio, suficientemente a las normas de organización que son más que «una mera promesa de un programa de reformas» y que constituyen cada vez más un mandato al legislador que no tiene plazo para desarrollarlo pero que si legisla en esa materia lo tiene que hacer sin salirse de los criterios constitucionales, lo que posibilita incluso el recurso de inconstitucionalidad.

La aportación del profesor de Derecho Penal y diputado socialista Luis Jiménez de Asúa, tiene también interés, para nuestro tema, fundamentalmente por ser la primera reflexión de un profesor de esa tendencia sobre el tema de los derechos fundamentales y con un texto de Derecho positivo concreto como era el de la Constitución de 1931. Su libro «Proceso histórico de la Constitución de la República Española» (53) tiene interés sobre todo para conocer la génesis de quel texto aunque también lo tiene para los derechos fun-

(52) *Obra citada*, pág. 123.

(53) Editorial Reus, Madrid, 1932. Personalmente para el autor de este artículo, el libro de Jiménez de Asúa tiene un especial interés porque he tenido que situarme en la producción de la Constitución de 1978, en un papel análogo, salvadas las distancias de su ciencia y de su preparación. He sido por eso especialmente sensible con algunas expresiones de su prólogo con las que me he sentido muy identificado especialmente cuando dice: «...Para un hombre de formación universitaria la prueba ha sido por demás dura. El estudioso está acostumbrado a dudar siempre. Ante un parecer contrario, y ante una objeción, reacciona con un gesto comprensivo. El deseo de examinar el argumento de adverso, prende siempre en el ánimo de gentes de mi tipo mental...» (pág. XVIII). Es interesante toda esa última parte del prólogo donde relata sus angustias y su deseo de volver a la dedicación preferente a la Universidad. Dirá que «Desde la modesta tribuna profesional y desde las páginas del humilde libro técnico se hace también España y Socialismo. Hay que formar nuevas generaciones y hay que construir el Derecho Penal socialista. A ello dedicará todas las horas de mi vida...» (pág. XXII).

damentales en la cultura jurídica española, ciertamente de una forma más secundaria y sin duda fuera de la intención central del autor.

Si se contemplan las referencias a los derechos fundamentales, que se contienen en el discurso de presentación del dictamen de la comisión parlamentaria, que él presidía, y que se reproducen en el libro (54), se encuentran coincidencias de planteamiento con Pérez Serrano quien, sin duda, le ayudó y aconsejó en la redacción del discurso, como el propio Jiménez de Asúa reconoce (55).

Sin embargo, existen ideas originales que conviene resaltar, que a mi juicio aparecen por primera vez en la cultura jurídica española sobre este tema. Me refiere a la relación Derecho y Poder —a través del Estado— que establece en la génesis de los derechos fundamentales, con lo cual supera el iusnaturalismo al comprender el papel de la positivación, y también a la revalorización del Derecho Público respecto al privado, precisamente por causa de los derechos fundamentales y de su ampliación, por influencia del socialismo democrático.

«...Precisamente del concepto que tiene Francia de los derechos del hombre, anteriores a toda ley y de existencia superestatal, surge la índole adjetiva, garantizadora de la Constitución. Pero después de Jenillek y, sobre todo, a causa del hundimiento de *Naturrecht* desaparece la índole superestatal de los derechos individuales y, al menos reconoce la génesis conjunta de estos derechos y del Estado. En resumen antes era el Derecho Constitucional, Derecho adjetivo, de garantía; el sustantivo era el privado. Hoy, en virtud de esa evolución y a causa del ensanchamiento del perímetro y horizonte de esos derechos está en plena evolución sustantiva el Derecho constitucional...» (56). Este lúcido texto, que acepta también la génesis histórica de los derechos fundamentales en el tránsito a la moder-

(54) El discurso lo pronunció ante las Cortes el 27 de agosto de 1931 y el texto se encuentra en el libro a partir de su página 41, ampliado, pues, dice Jiménez de Asúa, «me valgo más de mis notas que de la versión taquigráfica...» (nota 2, pág. 41).

(55) En el prólogo dirá: «...En el intrincado itinerario de esta literatura política contemporánea, han sido guías nuestros dos camaradas de la Universidad de Madrid: Nicolás Pérez Serrano y Miguel Cueva, oficiales técnicos de la secretaría del Congreso. Su desinteresada y competente ayuda, no sólo me fue valiosísima en la busca de libros y datos, sino que me permitió superar el difícil trance que para mí representaba el discurso de presentación del Proyecto constitucional que presenté en las Cortes el 27 de agosto (pág. X). No es de extrañar que en el discurso de referencia se manifiesten coincidencias con el libro de Pérez Serrano que ya hemos examinado.

(56) *Obra citada*, pág. 47.

nidad a la par que la génesis del Estado, es significativo de la posición del socialismo democrático, en cuanto al papel del Estado y del Derecho —lo que luego Bobbio llamará la función promocional— y a la necesidad de ampliar y completar los clásicos derechos liberales con «...todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz...» (57).

Su valoración de las normas programa que se contienen en la Constitución de 1931 es más positiva que la de Pérez Serrano, e incluso se apunta interesantes elementos de eficacia jurídica. Refiriéndose a la llamada parte dogmática que contiene esos textos junto a las viejas libertades individuales dirá:

«Contiene, por lo demás, no sólo auténticas normas jurídicas, sino también meras afirmaciones, expresión de convencimientos, enunciación de programa u orientación futura, promesa de reformas, etc., etc. Podrá discutirse en el orden de la técnica rigurosa qué eficacia revisten estas simples manifestaciones que no obligan al legislador ordinario a dictar en seguida la regla complementaria indispensable para ejecutar la promesa y que, a veces, plantean problemas de difícilísima solución, como lo es, verbigracia, el de determinar si un precepto del Código Civil queda derogado por uno de esos ofrecimientos consignados en la Constitución...» (58).

La ampliación de las libertades a aquellas que aseguren condiciones reales para la independencia o la autonomía moral, es también, como es lógico, ocupación prioritaria de Jiménez de Asúa: «...La evolución, sin embargo, empieza a advertirse a mediados del siglo pasado. La declaración francesa de 1848 señala ya el tránsito de las simples afirmaciones formalistas a las de contenido, pues aunque no se concrete con toda precisión en su texto aparecen ya, en cierto modo, el derecho al trabajo y el derecho a la asistencia; fórmulas en una palabra de contenido económico, que no se reducen a otorgar una participación (real o problemática) en el Poder, sino que ofrecen la base para toda existencia decorosamente humana y para todo ejercicio medianamente independiente de las libertades políticas...» (59). Se nota, sin embargo, en este texto, y en todos sus planteamientos, una cierta desvalorización de las libertades clásicas, acusadas de formalistas, lo que más tarde se irá poco a poco corrigiendo en el pensamiento socialista democrático, que

(57) *Obra citada*, pág. 47.

(58) *Obra citada*, pág. 62.

(59) *Obra citada*, págs. 63 y 64.

manteniendo su tesis del ensanchamiento de las libertades, aumentará su consideración hacia las libertades clásicas. Son aún efectos de la crítica de Marx a «las libertades formales».

Con esta objeción, verá, sin embargo, clara la importancia de aumentar las garantías y la eficacia de los derechos fundamentales, y señala que ese ha sido el objetivo central en la Constitución de 1931.

«...Esto es lo que nosotros hemos tratado de conseguir: ensanchar y garantizar el territorio de la vieja parte dogmática, que ya no es meramente tal, que ya no puede ser, como era antaño, una declamatoria tabla de derechos sagrados e indefensos, en aquella tesis, arrumbada al fin, de estructura superestatal de los derechos del hombre que provenía de un Derecho natural hundido para siempre. Es preciso ofrecer garantías a los ciudadanos contra los ataques del Poder ejecutivo y hasta del judicial...» (60). Este texto expresa una gran lucidez respecto a la crítica de la ilusión iusnaturalista respecto a la eficacia de sus declaraciones basadas sólo en la «razón», y también respecto a la necesidad de garantías eficaces que, en lo que yo he llamado «teoría dualista» he intentado subrayar.

Si tuviéramos que hacer una recapitulación de los rasgos que poseen los estudios sobre derechos fundamentales hasta la guerra civil, sería necesario subrayar lo siguiente:

1) No existen estudios sistemáticos que pretendan construir una teoría general, es decir, que indaguen el concepto, las formas de producción normativas, las diversas perspectivas del ejercicio de los derechos fundamentales ni sus garantías. La Filosofía del Derecho no se ocupa de forma importante de estos temas.

2) No existe tampoco un estudio histórico profundo sobre la historia de los derechos fundamentales en general, ni tampoco sobre España.

3) Los trabajos que se producen, con ocasión de la información sobre polémicas respecto al origen histórico —Posada—; al plantearse el enfoque de socialismo democrático frente a otras concepciones socialistas o marxistas —Basteiro y Fernando de los Ríos y en algún sentido Jiménez de Asúa—; con motivo de tomas de postura respecto a la comparación de las declaraciones de derechos con los precedentes medievales —Riaza—; o en el contexto de los comentarios a la Constitución de 1931.

4) De esos planteamientos se puede deducir la aceptación casi generalizada de que se trata de un concepto histórico del mundo mo-

---

(60) *Obra citada*, pág. 65



dermo, que se vincula al nacimiento del Estado —Jiménez de Asúa— con precedentes medievales que forman su prehistoria, con una constatación de las últimas evoluciones, sobre todo a partir de la primera guerra mundial, que amplían el concepto hacia los derechos económicos sociales y culturales que exigen una acción positiva de los poderes públicos, y que se impulsan desde una determinada concepción del socialismo democrático, aunque no exclusivamente.

La guerra civil cortará esas reflexiones y el tema será tabú, tanto por su influencia ideológica liberal y socialista como por que, el Nuevo Estado, especialmente en sus comienzos asume los planteamientos de lo que Pérez Serrano eufemísticamente llama postconstitucionalismo (61), que encubre la ideología nazi y fascista, así como stalinista de aquellos años treinta.

### III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESPUES DE LA GUERRA CIVIL

Hasta los años cincuenta el ocuparse de los derechos fundamentales en el ámbito académico y universitario, era impensable y podía producir consecuencias para quien lo intentase. Por eso sólo en el exilio se producen algunos intentos en aquellos años como los trabajos de Ossorio y Gallardo, Ayala o Recasens (62).

(61) En su obra *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, edición póstuma preparada por su hijo Nicolás Pérez Serrano Jáuregui, págs. 443 y 496-497. Por cierto que en esa obra realizada entre 1936 y 1939. (Vid. el prólogo de Nicolás Pérez Serrano Jáuregui, pág. 8) se dibujan perfectamente unos planteamientos clásicos de los derechos fundamentales, con un amplio estudio de los derechos concretos después de un capítulo de carácter general, págs. 587 a 689. Sin embargo, recoge, por honestidad científica, como dice su hijo, los rasgos del nuevo Estado que surge después del levantamiento militar de 1936 y se debe constatar una cierta contradicción entre la orientación de los capítulos dedicados a derechos fundamentales y este capítulo. La lectura de las páginas dedicadas a la segunda República y a lo que él titula *El Movimiento Nacional* —580 y 581—, así como los dos últimos apartados del capítulo —Las fuentes del Derecho político español y la Estructura fundamental del Estado—, págs. 582 a 585, produce un sentimiento profundo en cuanto superan la descripción y adquieren tonos laudatorios.

(62) La obra de Ossorio y Gallardo se titula *Los derechos del hombre del ciudadano y del Estado*, Claridad, Buenos Aires, 1946. De Francisco Ayala se puede señalar su trabajo de 1955 *Derechos de la persona individual para una sociedad de masas* que por la ausencia de citas y por el tono con que se inicia parece una conferencia. Ayala ya se había ocupado del tema en 1935 en un trabajo titulado *Los derechos individuales como garantía de la libertad*

En nuestro país el honor de resucitar el tema en el ámbito académico corresponderá al profesor de Derecho Político Nicolás Pérez Serrano a través del discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1950-1951 (63).

publicado en España. Entre ambos trabajos existe uno intermedio también publicado en el exilio en 1944 —en Buenos Aires— *Ensayo sobre la libertad* que contiene datos interesantes para una historia de los derechos fundamentales y también un pequeño texto sobre *El problema del liberalismo* que más lateralmente afecta a nuestro tema. Todos estos trabajos de Francisco Ayala han sido reproducidos en la primera parte de su obra *Hoy ya es ayer*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1972, una vez que vuelve del exilio. Lo más significativo del trabajo del profesor Ayala es que representa el modelo liberal clásico en materia de derechos fundamentales lo que supone resistencia y desconfianza frente a los derechos sociales: «...Si se acepta que esos llamados derechos sociales, son meras enunciaciones de una aspiración y de un programa que, para mayor solemnidad, se desea incluir en un documento fundamental de la vida pública como es la Constitución o su declaración de derechos, resultará conveniente que eso quede bien expreso y marcada la diferencia con los derechos inmediatamente exigibles a través de recursos jurídicos... Con eso nos hemos salido del campo de las garantías jurídico políticas de la libertad del hombre, objeto propio y principal de las declaraciones de derechos para transitar por el terreno de las reformas sociales justas y deseables, pero controvertibles, y sobre todo, pertenecientes al futuro, y no a la realidad inmediata, donde tienen que funcionar las libertades garantizadas por ley...» (De su trabajo *Derechos de la persona individual para una sociedad de masas*, recogido en «Hoy ya es Ayer», pág. 152). En cuanto a Recasens su aportación datará de 1959 y se producirá a través de la primera edición de su Filosofía del Derecho Editorial Porrúa, México. A ella nos referiremos en este artículo, por el hecho, significativo, de que supone el primer planteamiento sistemático del tema de los derechos fundamentales desde la Filosofía del Derecho.

(63) Publicado por la Universidad de Madrid, 1950 (89 páginas). Con anterioridad existe un artículo del profesor Nicolás Ramiro Rico —Catedrático de Derecho Político— publicado en la «Revista Española de Derecho Internacional», número 2, 1949, titulado *El porvenir de los derechos individuales* que expresa un profundo pesimismo respecto a ese porvenir «...La historia de esos derechos tal vez pudiera abreviarse en sucinto concepto y llamarla la historia de un gran dolor que hoy está a punto de resolverse en una vana historia...». (El artículo de referencia está reproducido en una edición póstuma de algunos de sus trabajos *El animal ladino y otros estudios políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1980. La cita es de la pág. 136). Se trata de un artículo de inteligente factura, quizás escrito en lenguaje críptico, por la época, pero donde se hace responsable al hombre de su renuncia a la libertad y no al tirano que no viene sino como consecuencia de esa renuncia. Sus últimas líneas son esclarecedoras «...Las tiranías de nuestro presente contemporáneo no son sino el efecto de una fuga: del intento humano de evadirse de sí mismo. Al revés del personaje de Chamisso, el hombre vende su sustancia para quedarse con su nombre. En vez de hombre, actor, más que dramático en cuyo seno dialogan un protagonista y un antagonista, pero con la peculiaridad y singularidad de que el antagonista es el propio protagonista, el

Ciertamente escoger este tema en aquel año es ya significativo y yo diría que ejemplar. El propio autor justifica la elección con unas palabras, que suponen de manera encubierta una petición de reforma del sistema político español vigente entonces en el marco de una reflexión más general después de la segunda guerra mundial.

«...En cuanto al tema que hubiera de elegir, tuve en cuenta que el momento actual del mundo, harto preñado de tristezas, nos pone otra vez en contacto con uno de esos paréntesis de fervor apasionado en que los pueblos, salidos de una crisis gravísima, se disponen a rehacer su existencia política, afirmando convicciones, proclamando su fe en la virtualidad eterna de derechos... Acaso ha habido una guerra cruel, exterior o civil, con su cortejo trágico de amarguras y sufrimientos; quizá ha sido por lo menos un cambio sustancial de régimen; en otras ocasiones *se trata de que un país nota que no guarda sintonía con el ambiente de su época y aspira a remodelar sus instituciones...*» (64) (el subrayado es mío).

El discurso expresa los amplios conocimientos del autor en esa materia, en parte utiliza las notas que luego se convertirán, como hemos visto, en el Tratado de Derecho Político publicado con carácter póstumo y aporta noticias bibliográficas o jurisprudenciales recientes, inmediatas al propio discurso. No cabe duda de que hablar, en octubre de 1950, de la importancia de los derechos fundamentales, explicando su proceso evolutivo, e informando, de la aportación de las Naciones Unidas, era universitariamente ejemplar. Esos valores tan positivos compensan algunas contradicciones que habremos de señalar.

Fiel a la tesis del carácter histórico de las declaraciones de derechos, explicará, como núcleo central de su intervención, su evolución hasta hoy. «... Acusan en su trayectoria cambios relevantes en sus tres dimensiones esenciales. Porque en cuanto a la longitud, ofrecen en sus últimas versiones un caudaloso aumento de preceptos; respecto a la latitud, cada vez abarcan mayor número de materias dispares; y por lo que toca a la profundidad, han dejado de ser catálogos de máximas, dogmas o verdades para convertirse en pequeños Códigos de disposiciones jurídicas rodeadas de garantías eficaces» A todo lo cual habrá de añadirse un rasgo nuevo: la universalización; porque si en un principio se refieren tan sólo al país que las promulga, hoy se aspira a que tengan carácter internacional, colocándolas bajo la égida de la suprema Organización de

hombre europeo que quiere convertirse en títere de un grupo que viva por él...» (pág. 159).

(64) *Obra citada*, pág. 14.

las Naciones Unidas...» (65). El párrafo en apretada síntesis describe con certeza los principales rasgos de la evolución de los derechos fundamentales. Especialmente es importante la garantía que convierte en eficaces a estos derechos aún en el caso de violación, al restablecer la situación. La importancia de la insistencia sobre la garantía supone también la aceptación de la positivación frente a la ilusión iusnaturalista de que la razón inserta en sus contenidos iba a doblegar a los más contumaces e iba a evitar violaciones. El espíritu, los valores de moralidad que la historia moderna con el esfuerzo del hombre han acumulado, necesita para prevalecer del apoyo del Poder, que primero convierte en normas a los valores de ese espíritu, y luego, garantiza su validez en caso de violación. Es espíritu sin fuerza no es nada y la fuerza sin ese espíritu es opresión. La unión del espíritu y de la fuerza del poder —del democrático se entiende— son la clave de los derechos fundamentales y Pérez Serrano lo verá certeramente.

«... En resumen, la Declaración francesa de 1789, tuvo una intuición, un presentimiento, cuando en su artículo 16 consignaba que no hay Constitución, si no existe separación de poderes y si «la garantie des droits n'est pas assurée», pero ello rimaba mal con el tono filosófico de sus máximas, o el sabor iusnaturalista de sus postulados. Hoy, sin embargo, la virtud de la trayectoria seguida, el rasgo predominante, es el de la regulación jurídica, no abstracta y genérica sino concreta y específica, de verdaderos derechos públicos subjetivos, amparados por garantías jurisdiccionales y por la forma privilegiada del constitucionalismo rígido...» (66).

En cuanto al resto del diagnóstico, avanza en la línea del resumen que ya hemos señalado, justificando el proceso de internacionalización —p. 31 a 44—, la extensión desde los derechos clásicos a los económicos sociales y culturales —p. 55 a 68—. Pero no todo, a mi juicio, es lucidez en el análisis. Se pueden observar algunas contradicciones y también alguna falta de sensibilidad para valorar la importancia de alguno de los derechos fundamentales más modernos. Así no se comprende bien como detectando el fenómeno de lo que él llama «la libertad precavida» (67) no saque las consecuencias en

(65) *Obra citada*, pág. 21.

(66) *Obra citada*, pág. 30.

(67) Cuando habla de «libertad precavida» se refiere a los medios utilizados después de la Segunda Guerra Mundial para evitar lo que había sucedido antes cuando «...el régimen liberal facilitó medios para que triunfasen partidos antiliberales que luego, fieles a su propio ideario, impidieron un retorno del liberalismo negando incluso la posibilidad de que éste, en lucha

relación con el régimen político del general Franco y dedique algunas páginas sin justificación, tendentes a justificar el sistema de organización de los derechos.

«...Pero todo ello va nimbado de prudentes cautelas, unas veces mediante la referencia a Ley ulterior reguladora, y otras mediante matizaciones ponderadas. Así, verbigracia, se reafirma el principio clásico de religión oficial, se consigna como canal primario de representación (aunque sin excluir otros) el constituido por familia, Municipio, Sindicato y se prescinde de pormenores nimios en punto a la garantía de ciertos derechos dejándolo reservado para regulación complementaria (68).

Quizás un prudente silencio hubiera sido lo adecuado. Todos sabemos, hoy, y probablemente se podía ya saber entonces dónde nos llevó en materia de derechos fundamentales el Fuero de los Españoles. El texto que citamos es signo por una parte de la represión de aquellos años, también de la indudable buena fe del profesor Pérez Serrano y quizás también de un discreto sentido del humor. De todas formas la lectura íntegra de todo el trabajo, nos lleva a una conclusión diferente de la que produce este párrafo.

Otro aspecto que el profesor Pérez Serrano no valora adecuadamente es cuando denomina «peregrino» el derecho que recoge la Constitución de Costa Rica «de libre acceso a los Departamentos administrativos, con propósitos de información sobre asuntos de interés público y a salvo siempre los secretos de Estado» (art. 30) (69). Hoy, como es sabido, se incluye como mandato al legislador ordinario en la vigente Constitución española de 1978 —art 105 b—.

Sin embargo, como ya decíamos la aportación de Pérez Serrano es un conjunto positivo, en este campo, para el enriquecimiento y el progreso de la cultura jurídica española. En su recapitulación insistirá en los objetivos de una Constitución y entre ellos, de manera eminente en la defensa de los derechos individuales (70), y también, y en ello nos parece percibir un ligero acento de amargura y desencanto, dirá «que las libertades tienen su asiento en la conciencia

lícita, aspirase a reconquistar el poder...» (pág. 69). Sin duda, está pensando en el régimen dibujado en la Ley Fundamental de Bonn como respuesta a esa situación.

(68) *Obra citada*, pág. 72.

(69) *Obra citada*, pág. 75.

(70) «...El propósito fundamental a que, en definitiva, responde una Constitución política es por doquiera éste: asegurar la paz social y el progreso, salvaguardar los derechos individuales y procurar el bienestar nacional»... (pág. 84).

nacional y sólo cuando allí han arraigado, logra virtualidad su inclusión en un texto legislativo o constitucional. Es decir que las Declaraciones de derechos no sobran, pero tampoco bastan...» (71). Sin duda la situación española estaba muy presente, como en Nicolás Ramiro Rico, al hacer esta observación. Más o menos de las mismas fechas es el trabajo de Legaz Lacambra «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre» (71 bis 1) que no plantea a fondo el tema de los derechos fundamentales. En efecto partiendo de la idea filosófica de persona llega a un concepto jurídico, a la idea de personalidad jurídica y también a la idea de derechos humanos.

Buscará una justificación de las doctrinas iusnaturalistas en relación con estos temas «...Todo hombre, en tanto que tal, es —hasta cierto punto— y debe ser —en cierto modo al menos— persona en sentido jurídico; he ahí la exigencia fundamental y primaria, exigencia ética absoluta, que resume la verdad que hay en todas las doctrinas iusnaturalistas...» (71 bis 2).

Al plantear el tema de la fundamentación desde la dignidad de la persona que exige su reconocimiento en el ámbito del Derecho afirmará que «...tal vez sea una misión de la actual filosofía del Derecho establecer de nuevo el vínculo entre el concepto de persona jurídica y la doctrina de los derechos humanos, ya que una y otros tienen su base en la personalidad ética del hombre...» (71 bis 3).

Como se ve, aunque sin justificar, una legitimidad general desde la Teoría de la Justicia para intervenir en el estudio de los derechos fundamentales, como más tarde hará Recansens, sí plantea una intervención que le llevará a la conclusión de cual sea la raíz de los derechos fundamentales, o el derecho fundamental más radical, a través de la relación entre personalidad jurídica y derechos fundamentales.

«...De todo lo dicho se desprende que hay un derecho absoluto fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás:

(71) *Obra citada*, pág. 85.

(71 bis 1) Es el rapport general que presentó al Congreso de Derecho Comparado celebrado en Londres, durante el verano de 1950, y publicado en España en la «Revista de Estudios Políticos», XI, núm. 55, Madrid, 1951. Se incorporará luego al volumen *Humanismo Estado y Derecho* junto con otros trabajos del profesor Legaz Lacambra, Bosch, Barcelona, 1960, págs. 107 a 141, por el que citamos.

(71 bis 2) *Obra citada*, pág. 114.

(71 bis 3) *Obra citada*, pág. 129.

el derecho a ser reconocido siempre como persona humana...» (71 bis 4).

Este planteamiento, que en el profesor Legaz probablemente tiene connotaciones iusnaturalistas, se puede aceptar sin ese carácter y así lo he afirmado en mi obra «Derechos Fundamentales», puesto que como allí decía, es una constante en la estructura histórica del Derecho que su función es regular la vida social humana, aunque «luego el contenido de esa regulación establezca discriminaciones, e incluso ignore a un sector de hombres como sujetos del Derecho los esclavos— en muchos momentos históricos» (71 bis 5).

Me parece que este trabajo supone una cierta excepción de los planteamientos del profesor Legaz que se ha ocupado sólo ocasionalmente del problema de los derechos fundamentales, y que por otra parte es sensible a la coyuntura en que lo escribe, y así incluye críticas al concepto de democracia, de liberalismo, y a los errores del viejo individualismo que exigirían muchas matizaciones para poder ser aceptados (71 bis 6).

El valor del texto del profesor Pérez Serrano se acrecentará con su comparación con otro texto un poco posterior, pero aún de aquellos años. Me refiero al discurso de recepción, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, del Académico de Número, Doctor Venancio Diego Carro, de la Orden de Predicadores, pronunciado el primero de junio de 1954 (72).

Sin perjuicio de mi discrepancia con un intento —a mi juicio imposible— de construir el edificio de los derechos del hombre prescindiendo de las aportaciones liberal y socialista y enfrentándolas a una concepción basada «en las verdades fundamentales de la Teología y de la Filosofía cristianas...» (73) el reverendo Venancio Diego Carro utiliza una terminología para descartar y excluir de cualquier consideración a sus adversarios, que desacredita al discurso y creo que también al Organismo que lo recibe.

(71 bis 4) *Obra citada*, pág. 139.

(71 bis 5) Vid. mi obra *Derechos fundamentales*, 3.ª edición, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, nota 20, pág. 30. El profesor Elías Díaz había detectado en el planteamiento que yo hacía sobre ese tema connotaciones iusnaturalistas en la crítica que hizo de mi libro en la revista «Sistema», número 7, Madrid, octubre de 1974, pág. 156.

(71 bis 6) Vid. también su prólogo a la segunda edición de *Los derechos del hombre* de Castán, Reus, Madrid, 1976.

(72) Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954 (137 páginas). La publicación tiene cinco «nihil obstat», tres de su propia orden y dos del censor y del Ordinario del lugar. Se incluye también en dicha publicación la contestación del Académico profesor José María Trias de Bes.

(73) *Obra citada*, págs. 8 y 9.

Refiriéndose a las concepciones más extendidas en materia de derechos humanos dirá «...Es lo que acontece con todos los sistemas materialistas y positivistas, que no pueden darnos más base que los caprichos del hombre, ya sean sumados en una asamblea o la ley del más fuerte ¡Pobres Derechos y Deberes del Hombre! El panorama que nos ofrece el mundo actual, con sus telones de acero o de mimbres democráticos, es bastante elocuente para convencernos, si queremos abrir los ojos, de que sin Dios, sin una verdadera Teología y Filosofía Cristianas, los Derechos y Deberes del hombre se evaporan, no tienen consistencia y el hombre acaba por ser un esclavo y la víctima propiciatoria de las más variadas tiranías que prevalecen en el mundo...» (74). Es ciertamente molesto el tono despectivo, es cínico decirlo en la España de 1954, y además no es cierto porque la historia de los derechos fundamentales, hasta bien entrado el siglo XX, recibe poco del pensamiento cristiano, sin perjuicio del fundamento que se pueda encontrar en el mensaje evangélico y, en otras aportaciones antiguas o medievales.

Todavía este texto es un ejemplo de moderación si le comparamos con otros. Del repertorio de lo que ningún profesor debe decir, ni ninguna Institución oír, con olvido total del pluralismo y de la tolerancia elementos básicos de la filosofía de los derechos del hombre, entresacamos estos ejemplos: «...La huelga es, sin duda, uno de los males endémicos del mundo moderno, tras la industrialización y la acción disolvente del socialismo y comunismo...» (75); «...más de una vez hemos repetido: si al hombre se le despoja del verdadero concepto de su ser y se le convierte en un animal, ¿qué extraño es que haga animaladas?...» (76); «...Después de nuestra guerra de liberación eran muchas las personas de Madrid que lamentaban, en plan de protesta, la libertad de que gozaban muchos calificados de rojos, a quienes habían visto campar por sus respetos durante la dominación marxista, participando en violencias y atropellos, y también en asesinatos de inocentes e indefensos ciudadanos...» (77); «...Con los errores manifiestos... no cabe tolerancia, como puede haberla con el crimen. No son de menos trascendencia los crímenes de la inteligencia que los de la voluntad, ni es menos peligrosa la falsa idea que el puñal... No fueron más responsables los que inducían a aprobar el asesinato en los mítines de socia-

(74) *Obra citada*, pág. 53.

(75) *Obra citada*, pág. 53.

(76) *Obra citada*, pág. 56.

(77) *Obra citada*, pág. 56.



listas y comunistas, durante el nefando período de la república Española (1931-1936) que los ejecutores materiales de tantos crímenes?...» (78)... «...Los españoles que conocemos las listas negras existentes en toda España, trágicamente cumplidas, donde han dominado los rojos, con la muerte de millares y millares de inocentes, por imposición del marxismo ruso internacional y la masonería, no podemos dudar un momento de la legitimidad de esta guerra, justamente considerada como una Cruzada y de las más santas que ha conocido la historia...» (79).

Me parece que basta con estas muestras y que sobran todos los comentarios. Naturalmente junto a esto ni siquiera se menciona el derecho a la participación política a través de elecciones por sufragio universal, ni las garantías procesales, y se defiende con todo ardor la pena de muerte (80), la propiedad (81), el derecho a la verdad, el *ius docendi veritatem* (82) y termina su exposición con una «síntesis y catalogación sistemática de los derechos y deberes del hombre según la mente de los teólogos-juristas españoles» (83). Este texto es una réplica a la Declaración de la ONU de 1948 y, según dice el reverendo Venancio Diego Carro, «aprobada solamente en la Asamblea celebrada en las Aulas Teológicas de la Universidad de Salamanca en el siglo XVI» (84). Contiene un Preámbulo denominado «Postulados Teológico-jurídicos» y 25 artículos para enfrentarlos, sin duda, con el texto de las Naciones Unidas.

Seguir comentando este trabajo es un esfuerzo inútil, y he dudado incluso en incluirlo en este artículo. Sin embargo, me decidí a hacerlo como signo de las dificultades que ha tenido en España la filosofía de los derechos fundamentales, no sólo durante el franquismo, sino desde largos períodos desde el siglo XVI hasta hoy. Por eso creo que, hasta estos últimos años nuestra influencia ha sido escasa en este campo en la cultura jurídica europea. La aportación del reverendo Venancio Diego Carro es el ejemplo de una cultura cerrada, que no se ha enterado de lo que ha ocurrido en el mundo moderno, y que, además, manipula al pensamiento clásico español en beneficio de unos intereses muy concretos. No es de

(78) *Obra citada*, pág. 75.

(79) *Obra citada*, pág. 85.

(80) *Obra citada*, págs. 57 y 58.

(81) *Obra citada*, págs. 62 y sigs.

(82) *Obra citada*, págs. 71 y sigs.

(83) *Obra citada*, págs. 109 y sigs.

(84) *Obra citada*, págs. 109 y 110. En la misma línea antimoderna hay que señalar FRANCISCO ELÍAS DÍAZ DE TEJADA, *Los fueros como sistema de libertades políticas concretas*, Arbor. Madrid, 1953.

extrañar que pese a la cortesía obligada, se observe un cierto embarazo del profesor Trias de Bes, catedrático de Derecho internacional al contestar. En todo caso, ni éste, ni la Academia deben sentirse orgullosos del acto en el que se produce un discurso sobre los derechos del hombre, antimoderno, dogmático y de estilo poco académico.

Por su importancia para nuestro tema se debe señalar la obra filosófico-jurídica de Luis Recasens Siches, plasmada en su «Tratado General de Filosofía del Derecho» cuya primera edición se redacta y se publica en su exilio de México (85). Es el primer enfoque sistemático de los derechos fundamentales desde la teoría de la Justicia —que Recasens llama Estimativa o Axiología jurídica— es decir desde una de las partes de la Filosofía del Derecho y esta creo que es la principal característica específica de los derechos fundamentales en la cultura jurídica española actual. De ahí la importancia pionera del pensamiento de Recasens (86). Parte de la

(85) Como ya hemos indicado la primera edición de Porrua es de 1959. Recasens sólo vendrá a España a mediados de los sesenta. (No estoy seguro si en el curso 64-65 ó 65-66) con una doble invitación por parte de la cátedra del profesor Ruiz-Giménez, que había sido su discípulo y por parte del profesor Adolfo Muñoz Alonso por la vía de los organismos culturales del Movimiento y del Sindicato vertical, lo que demuestra la ambigüedad de determinadas posiciones en el exilio, aunque hay que reconocer que no existen muchos ejemplos más. Probablemente el profesor Recasens aceptó esa invitación con un deseo de reconciliación, que para los que en España luchaban por la democracia no es fácil de comprender. Fruto de esa colaboración con el profesor Muñoz Alonso es la publicación de su trabajo «Reflexiones de un Filósofo del Derecho sobre el mundo social contemporáneo» en la obra colectiva *Humanismo y Sindicalismo*, Servicios Jurídicos de la Organización Sindical, Madrid, 1965, págs. 45 a 76).

(86) No tendrá después demasiada dedicación a ese tema central, aunque sí se referirá al tema de los derechos fundamentales desde algunas perspectivas parciales. Así, por ejemplo: «La dignidad del individuo y la estabilidad de los derechos del hombre y en algunas Constituciones», en la obra colectiva *Problèmes contemporains de Droit Comparé*, Tomo I, Institut Japonais de Droit Comparé, Universidad de Chuo, Tokio, 1962 (págs. 327 a 368); *La libertad religiosa. Derecho de la persona humana*, Atlántida, «Revista del Pensamiento Actual», Vol. IV, número 24, noviembre-diciembre 1966, Madrid (págs. 603 a 629); *La pena de muerte, grave problema con múltiples facetas* en «Coloquio Internacional», Universidad de Coimbra, Coimbra, 1968 (24 páginas en la separata de las Actas); *Individual freedom under the Law*, en la obra colectiva «Freedom and Authority», Harper, Nueva York, 1953 (págs. 109 a 118). Sobre el tema de los derechos humanos en Recasens escribió el profesor Benito de Castro Cid, el artículo *Humanismo jurídico y derechos del hombre en la obra de Luis Recasens Siches*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» monográfico sobre «Derechos Humanos», Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, núm. 12, fascículo 2.º, 1972, págs. 267 a 301,

constatación de la permanente presencia de la estimativa jurídica en la historia y también de la justificación objetiva de esa presencia para la propia existencia del Derecho.

«...Recuérdese que el Derecho positivo es una forma de vida humana objetivada de carácter normativo. Ahora bien, ¿qué significa una forma normativa? Pues sencillamente significa que entre las varias posibilidades de la conducta son elegidas algunas de ellas sobre las demás. Y son elegidas sobre las demás, porque se las prefiere en virtud de algo. Y esta preferencia se funda en un juicio de valor, en una estimación... Por tanto, los ingredientes del Derecho Positivo no son todos ellos positivos, sino que hallamos la referencia intencional a algo no positivo. Aunque la norma de Derecho Positivo emane de un mandato de un poder efectivo, no puede de ninguna manera ser entendida, como un mero hecho, pues es un hecho humano, y a fuer de tal tiene sentido o significación. Y ese sentido consiste cabalmente en la referencia a un valor en la pretensión de una justificación: se manda esto y no aquello, porque quienes lo determinan creen que esto está justificado... Proferimos algo porque lo consideramos más valioso que lo otro, más bueno, más útil, más adecuado, más justo... Ahora bien este proceso de ir inquiriendo la concatenación de los fines de las diversas normas jurídicas positivas nos conducirá por necesidad a un momento en que tengamos que preguntarnos por el fin del Derecho en su totalidad, o lo que es lo mismo, por el fin último o supremo de lo jurídico. Y esta es precisamente la cuestión fundamental de la Estimativa jurídica...» (87).

Hasta llegar a los derechos fundamentales sigue Recasens un largo proceso que supone cinco cuestiones:

«...Primera: Determinar si el fundamento radical de la Estimativa jurídica puede ser empírico, o si, por el contrario ha de ser necesariamente a priori.

Segunda: En el caso de que la anterior cuestión se haya resuelto a favor de la tesis apriorística, habrá que preguntar si las ideas a priori para la estimación del Derecho son meras formas subjetivas, disposiciones o hábitos psicológicos, o si, por el contrario, constituyen ideas objetivas con validez necesaria.

donde hace interesantes observaciones con las que coincide y donde, por cierto da cuenta también de la polémica Jellinek-Boutmy en nota 12. pág. 272, aunque no de la traducción de Adolfo Posada.

(87) Citamos por la cuarta edición de la obra (1970). El capítulo catorce (págs. 367 a 383) se denomina *Necesidad de la estimativa jurídica* y la cita es de las págs. 380 y 381.

Tercera: Determinar la respectiva intervención que, en la elaboración de los ideales jurídicos, tengan las ideas a priori y los elementos a posteriori, o sea, indagar, cómo se combinan los valores jurídicos en el proceso de la historia.

Cuarta: En qué consiste la idea de justicia y, además, si hay otros valores jurídicos y, en este caso, cuáles sean dichos valores y qué relación guardan con la idea de justicia.

Quinta: Explorar los valores fundamentales que vengan en cuestión para el Derecho...» (88).

En este marco concreto, y desde la perspectiva de los contenidos materiales de la justicia, cumpliendo las veces que en otros momentos de la cultura jurídica cumplió el Derecho Natural, así para Recasens los derechos fundamentales son los criterios o las partes más adecuadas en el mundo actual para enfocar la justicia de un Ordenamiento Jurídico: «...Así pues, la presentación que voy a ofrecer de los derechos del hombre, no constituye, no puede constituir axiología pura, sino que, por el contrario, representa axiología aplicada a la realidad contemporánea de la cultura occidental. Sin embargo, merece la pena ofrecer esta presentación de los derechos del hombre, porque la manera en la que estos aparecen configurados constituye el mejor resultado, hasta el presente y en nuestro mundo, de dar forma práctica a las exigencias primordiales de los valores jurídicos más altos...» (89).

Desde su perspectiva orteguiana de intentar integrar razón e historia, los derechos fundamentales son la realización del valor dignidad humana a través de la libertad y de la igualdad. Son un concepto del mundo moderno.

«...Las revoluciones Inglesa, Norteamericana y Francesa fueron los factores hondamente civilizadores en los respectivos países en que se produjeron, pero fueron además las fuentes de inspiración de todos los movimientos constitucionales, que llevaron a la implantación de la democracia liberal en muchos otros pueblos... Pues bien, todas las concreciones constitucionales de ese tipo, es decir, de democracia liberal, parten del supuesto de la creencia en unos derechos fundamentales del hombre, que están por encima del Estado, que tienen valor más alto que éste y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos.» (90).

(88) *Obra citada*, pág. 382.

(89) *Obra citada*, pág. 558.

(90) *Obra citada*, pág. 552.

Pero Recasens no avanzará mucho más. En otras ocasiones tan reiterativo, aquí no ahonda en la evolución de estos derechos, y desde sus planteamientos liberales, omite la aportación que el socialismo democrático hace, a través de los derechos económicos-sociales y culturales. Tampoco aplica a los derechos fundamentales el desarrollo metodológico de la estimativa que en los capítulos anteriores, desde el catorce al diecinueve, había planteado con carácter general. Así no profundiza en la objetividad de esos derechos, aunque sí apunta que sólo alcanza su plenitud si se incorporan al Derecho positivo.

«...Evidentemente aquí la palabra «derecho» no es empleada en la acepción que tiene como «derecho subjetivo» propiamente dicho, dentro de un orden jurídico positivo... Se piensa en una exigencia ideal... expresa que el Derecho positivo, todo orden jurídico positivo, por exigencia ideal, por imperativo ético, debe garantizar en sus normas... No se habla de un derecho subjetivo dentro de un orden jurídico constituido, sino de un derecho ideal en el campo del Derecho que se debe establecer... En realidad cuando la doctrina habla de «derechos del hombre» lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos en juicios de valor, para que en el orden jurídico positivo emita preceptos que vengan a satisfacer esas exigencias...» (91).

A esa misma preocupación que Recasens plantea obedecerá, años más tarde, la formulación de la teoría dualista para fundamentar el concepto de derechos humanos y que duda cabe que, con todas las dificultades que el problema tiene, se está en mejores condiciones de afrontar el reto del Derecho justo o de la idea de justicia que con la doctrina del Derecho Natural. El paso adelante consiste en que esos valores se pueden convertir en Derecho Positivo, y alcanzar su sentido pleno precisamente cuando se incorporan al Derecho Positivo. Por eso el tema es inseparable del análisis del Poder, cosa que Recasens no hace directamente, porque es necesaria la voluntad del Poder político, del Estado, para que esos valores ideales sean Derecho positivo. Cuando son Derecho positivo interno, a través de las constituciones, alcanzan el supremo rango normativo dentro del Ordenamiento y son elemento fundante de éste desde su interior. De todas formas tampoco eso, como veremos, resuelve todos los problemas.

A Recasens, aunque se le puede criticar el no haber llevado el

---

91) *Obra completa*, págs. 552 y 553.

tema hasta sus últimas consecuencias, debemos reconocerle el mérito de haber introducido a la Filosofía del Derecho en el tema de los derechos fundamentales, dando así una nueva dimensión a la cultura jurídica española en esa materia.

A partir de los años sesenta el interés por los derechos fundamentales aumenta en nuestro país. La dictadura había aflojado la represión, el desarrollo económico impulsaba hacia mayores cotas de libertad, la Iglesia Católica con el Concilio y con la *Pacem in Terris* ofrecía un cambio hacia el que nuestro país sería sensible, los trabajadores, los intelectuales y los universitarios miraban hacia la Europa democrática, en Munich se iniciaba la reconciliación entre las dos Españas y un nuevo clima empieza, también a nivel académico, a detectarse en la Universidad.

Aunque el objeto de este trabajo es fundamentalmente la aportación universitaria y académica, ésta fue sin duda influida por el relanzamiento de la esperanza democrática, aunque aún la salida iba a tardar alrededor de quince años. (92).

(92) No se debe dejar de mencionar aquí el papel que desempeñó en el ámbito de los derechos fundamentales la revista «Cuadernos para el Diálogo», fundada en 1963, por el profesor Ruiz-Giménez, catedrático de Filosofía del Derecho. Esta revista inició su andadura en octubre de 1963. «...Con el honrado propósito de facilitar la comunicación de ideas y de sentimientos entre hombres de distintas generaciones, creencias y actitudes vitales, en torno a las concretas realidades y a los incitantes problemas religiosos, culturales, económicos, sociales, políticos... de nuestra cambiante coyuntura histórica...» (de la «razón de ser», publicada en portada del número primero, Madrid, octubre de 1963). En ella junto a intelectuales, profesionales, periodistas, etcétera, nos incorporamos desde el principio un grupo de profesores universitarios, entre los cuales tuve el honor de encontrarme junto con compañeros y amigos como Mariano Aguilar Navarro, Antonio Truyol, José Luis Sampedro, J. A. González Casanova, Elías Díaz, Carlos Ollero, Manuel Jiménez de Parga, Julio Rodríguez Aramberri, Antoni Jutglar, José Luis L. Aranguren, Juan A. Ortega Díaz Ambrona, A. L. Marzal, José Luis García Delgado. En aquella entrañable publicación, a la que creo habrá que rendir en algún momento la gratitud que mereció por su trabajo en favor de la democracia española, el tema de los derechos humanos estuvo presente siempre y, muchas veces, con importancia y valor científico, tanto en la propia revista como en sus publicaciones unitarias, libros y suplementos. Así se pueden recordar: *Convivencia y Libertades públicas*, de Joaquín Ruiz-Giménez, texto literal de la conferencia pronunciada en la Asociación católica Nacional de Propagandistas en el ciclo *Los españoles ante la Pacem in Terris*, número 5-6, febrero-marzo 1964, págs. 5 a 9; el número extraordinario XII *Democracia y derechos humanos*, Madrid, diciembre de 1968, con trabajos de Aguilar Navarro, Aranguren, Ruiz-Giménez, Murillo Ferrol, González Casanova, Julio González Campos, A. Truyol, Elías Díaz, Luis García San Miguel, E. Tierno Galván, Roberto Mesa, Raúl Morodo, Eduardo Cierco y José M.<sup>a</sup> Vilaseca. *Función y vigencia*

Un primer motivo para el interés por los derechos fundamentales, y también una buena cobertura para hablar o escribir sobre el tema sin demasiados problemas con las autoridades es la conmemoración en 1968 del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de la ONU de 10 de Diciembre de 1948. Con ese motivo se publican en España varios trabajos atinentes al tema. Entre ellos podemos señalar los siguientes: «Los derechos del hombre», de José Castán Tobeñas (93); J. Ruiz Giménez, «El Concilio y los derechos del hombre» (94); A. Truyol y Serra, el estudio preliminar de «Los Derechos Humanos» (95); E. Jiménez Asenjo, «Protección de los Derechos Humanos» (96); Angel Sánchez de la Torre, «Teoría y experiencia de los derechos humanos» (97), y J. A. González Casanova, «Los Derechos Humanos» (98). Asimismo algunas publicaciones dedicaron números monográficos como el ya citado de «Cuadernos para el Diálogo» (99), o el número de la Revista del Ministerio de

---

*actual de los derechos del hombre*, de Gregorio Peces-Barba, número 68, Madrid, mayo 1969; El número extraordinario XVII *Justicia y Política*, Madrid, diciembre 1969, con colaboraciones de Elías Díaz, José Luis Sanlúcar (nombre figurado que encubría a Rafael Arias Salgado), Manuel Jiménez de Parga; Matías Alarcón (nombre figurado que esconde al autor de este trabajo), Joaquín Ruiz-Giménez, Gregorio Peces-Barba, Jaime Miralles, Miguel Castells, Manuel Villar Arregui, Pablo Castellano, Alfonso de Cossío y Leopoldo Torres, entre otros; el número extraordinario XXVII *Delito y Sociedad*, Madrid, diciembre de 1971, con trabajos de Carlos Landecho, J. A. Sainz Cantero, Enrique Gimbernat, Nicolás Caparrós, Miguel Peydró, Gregorio Peces-Barba, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Carlos García Valdés, entre otros; el número extraordinario XXXV *Libertades Públicas en España* de junio de 1973, con trabajos de Joaquín Ruiz-Giménez, Alvaro Gil Robles, Gregorio Peces-Barba, Juan Trias Vejarano, José Ramón Recalde, Mariano Aguilar Navarro, Juan A. Carrillo Salcedo, Manuel Jiménez de Parga, Jorge de Esteban y José A. González Casanova, entre otros. También vid. GONZÁLEZ CASANOVA, *Los derechos humanos*. Los suplementos, Edicusa, 1968.

(93) Reus, Madrid, 1969. Se trata de la revisión ampliada de su intervención en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la inauguración del curso 1968-69 que tituló entonces *Los derechos del hombre*. Su fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1968. Existe una segunda edición revisada por José María Vázquez, con prólogo del Prof. Legaz Lacambra en Reus, Madrid, 1976.

(94) Editorial Cuadernos para el Diálogo», Madrid, 1968.

(95) Tecnos, Madrid, 1968.

(96) En los *Estudios de Derecho Civil* en honor del profesor Castán Tobeñas. Ed. Universidad de Navarra, 1968, Tomo III, págs. 271 a 301.

(97) DEL TORO, Madrid, 1968.

(98) En Edicusa, colección «Los suplementos» como ya hemos visto en la nota 92.

(99) Vid. nota 92.

Justicia, «Información Jurídica» (100). Ciertamente y con independencia de algunos excelentes trabajos contenidos en ella hay que calificar de hipócrita la conmemoración del año de los derechos humanos por una publicación oficial en 1968, aunque es sabido el dicho de que la hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud.

Algunos de esos trabajos me parecen importantes para el desarrollo de la cultura jurídica española en este campo. Así por ejemplo, conviene retener las vibrantes páginas, no exentas de agudeza y de profundidad del profesor González Casanova. Representa la corriente del socialismo democrático que, como hemos visto, tiene antecedentes ilustres y que otros hemos intentado continuar. Se presenta polémicamente frente a la situación de hecho en que se encontraba, en 1968, el Ordenamiento jurídico español en esa materia. Para ello insistirá en la necesidad de las garantías efectivas:

«...Una simple declaración que no tenga efectividad jurídica, que no obligue a los poderes públicos y que no garantice eficazmente la protección de los derechos humanos de cada hombre concreto, merece, cuando menos, la calificación de inoperante. En realidad se trata de una variante cínica de la opresión...» (101).

Por otra parte su planteamiento general le llevará a señalar, tanto la necesidad de una situación económica y social que haga reales las libertades, como la posición decisiva que tiene el Poder —en este caso sólo el poder democrático puede hacerlo— para la efectividad de los derechos fundamentales.

«...Es el sistema social quien debe crearlos, allí donde todavía no existan. Es el sistema político quien debe desarrollarlos y fomentarlos para que nunca pierdan efectividad y vigencia...» (102).

Al final de su trabajo el profesor González Casanova sacará tres grandes conclusiones: los derechos fundamentales se sitúan en un sistema coherente y pleno y no pueden aislarse de ese contexto; es necesaria la positivación de esos derechos; y por fin constituyen un logro histórico y no natural:

(100) Número de enero-marzo, Madrid, 1968. También se puede señalar el ciclo conmemorativo del Colegio de Abogados de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación con intervenciones del profesor Corts Grau y de los juristas del Valle Iturriaga, Herrero Tejedor, Torres Murciano, Attard Alonso, Vivas Marzal y Pons. Franco (Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1967).

(101) *Obra citada*, pág. 10.

(102) *Obra citada*, pág. 10.



«...Una primera conclusión podría ser la de que los derechos humanos fundamentales constituyen un sistema coherente y trabado, en el cual, todos y cada uno de ellos, cobran su verdadera significación. El hombre, es decir todos los hombres han de poder instruirse y educarse para llegar a realizar un trabajo comunitario eficaz que les permita un nivel de vida digno. Para lograr que todos estos derechos sean efectivos, o sea, para proclamarlos, conquistarlos o defenderlos, todos los hombres han de poder reunirse y asociarse libremente, han de estar convenientemente informados de los problemas, haciendo de los gobernantes unos servidores de la voluntad popular y no a la inversa.

Una segunda conclusión sería la de que las declaraciones de derechos son simple papel mojado o retórica cínica si no existe un Ordenamiento jurídico —unas leyes— que aseguren el cumplimiento y la eficacia de tales declaraciones.

Y tercera conclusión: mientras ese ordenamiento no exista o no se perfeccione, será la fuerza, violenta o no violenta, la que defiende o conquiste los derechos humanos. La historia nos recuerda constantemente que los derechos humanos son más políticos que naturales y que el hombre es más historia que naturaleza. Que es más un ser político que un animal doméstico...» (103).

Me parece que la gran virtud de este resumen está en su primera conclusión que pone de relieve el carácter integral de todas las perspectivas de los derechos fundamentales expuestos de una manera existencial o existencialista. Frente a los intentos de segregación de la teoría de los derechos fundamentales, de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, el esfuerzo del socialismo democrático ha sido una reflexión de síntesis para incluirlos. La tercera conclusión plantea el fundamento de los derechos humanos y quizás por esa vía ha sido, como veremos, la gran aportación de la filosofía del Derecho.

El profesor Ruiz Giménez, que ya se había ocupado del tema en varias ocasiones en «Cuadernos para el Diálogo» y que empezaría a dedicar por aquellos años unas lecciones de sus programas a los derechos fundamentales —tanto en primer curso como en quinto curso (104), lo afronta también, incorporando la perspectiva del

(103) *Obra citada*, pág. 24.

(104) Así, por ejemplo, en su programa de 1968, para el primer curso —Derecho Natural— dedica la tercera parte a *Los derechos humanos fundamentales* (lección 17 a 28) y en su programa de 1972-73, manteniendo el tema lo denominará *Los derechos y libertades fundamentales del hombre* y lo dividirá en tres secciones: la primera, dedicada a la Teoría General; la segunda, a

pensamiento católico con su libro «El Concilio y los derechos del hombre». La importancia para nuestra cultura jurídica del libro de Ruiz Giménez deriva en primer lugar de la incorporación de un sector del pensamiento de inspiración cristiana a la doctrina de los derechos fundamentales, a través de la exposición de la evolución en el seno de la Iglesia, hasta llegar al Concilio Vaticano Segundo, cuando había sido casi siempre el pensamiento liberal y socialista democrático quien se había ocupado y preocupado de esos temas, y en segundo lugar el talante autocrítico con que esa evolución se expone, en contraposición con el planteamiento del Reverendo Padre Carro que ya hemos señalado. Así el profesor Ruiz Giménez dice que «...La historia nos ha impuesto, por ese pecado colectivo de omisión y a veces de acción, contra las legítimas libertades humanas, una dura penitencia; la penitencia que se revela en los juicios desfavorables y, a veces, en los gritos de los millones de hombres que lucharon centuria tras centuria, sobre todo, desde finales del siglo XVI, por el efectivo reconocimiento y la eficaz protección de ese haz de derechos» (105). Este leal planteamiento supone reconocer que la participación de la Iglesia, hasta el siglo XX, y mucho más quizás en España, en la construcción de la filosofía y del Derecho positivo de los derechos fundamentales es inexistente, cuando no ha sido de positivo obstrucción. También lo dirá expresamente Ruiz Giménez: «...Tendremos que seguir preguntándonos, con dolor, cómo fueron posibles determinadas actitudes —teológicas y canónicas— legitimadoras de la pena de muerte, de las gue-

la historia del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales (hechos y teorías), y la tercera, referente a la tipología de los derechos fundamentales. (Ambos programas están publicados por la sección de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense).

Asimismo, el profesor Fernández Galiano, dedicará la parte VI de su programa de Derecho Natural —curso 1972— a lo que titula *Derechos y deberes fundamentales de la persona*, desde una perspectiva iusnaturalista más clásica, como veremos (lecciones 43 a 48).

Esta misma orientación de incluir el tema en el curso de Derecho Natural, la incluiría también, en aquellas años el profesor Elías Díaz, reciente catedrático de Oviedo en la parte cuarta de su programa que titulaba *El Derecho natural y los derechos naturales* (temas 17 a 23), Librería Ojanguren, Oviedo, 1974. También para cerrar este catálogo que no pretende ser exhaustivo el profesor López Calera en su programa de Filosofía del Derecho, curso 1975-76, Alumnos oficiales, dedicará en la segunda parte, dedicada a los derechos subjetivos, la lección 3.<sup>a</sup> y siguientes al tema de los derechos humanos (editado por el Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Granada).

)(105). *Obra citada*, pág. 9.

rras no meramente defensivas, de las hogueras para los judíos y para los herejes (aunque fuese a través del brazo secular), de las conquistas de pueblos enteros, de las censuras para el pensamiento científico o filosófico de las hostilidad o la alergia contra las formas políticas democráticas, y otras similares manifestaciones históricas de intolerancia, de inhibición o de pasividad frente a las trope-lías y a las opresiones de unos grupos sociales sobre otros y a los abusos del poder político contra los ciudadanos...» (106).

Del contraste de este enfoque, con él que hemos referido del discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del Reverendo Padre Carro, se deduce la tensión en el seno de la Iglesia española. Hasta los años cincuenta y durante siglos, con excepciones muy minoritarias había sido preponderante ésta última. La que Ruiz Giménez expresa comienza a crecer, con el apoyo de la incíclica *Pacen in Terris* y del Concilio Vaticano Segundo, a partir de los años sesenta. Era lógico que tuviese un reflejo en la cultura jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y que fuese el profesor Ruiz Giménez quien la representase.

Es interesante y esclarecedor el análisis histórico que conduce al Vaticano II y que Ruiz Giménez denomina «Principales momentos de un difícil proceso histórico» (107); aunque todavía se encuentra en Ruiz Giménez una actitud benevolente hacia el pensamiento pontificio, en momentos en que era difícil no ser duro, si se quería ser objetivo, por ejemplo al enjuiciar la encíclica «Mirari vos de 15 de agosto de 1852, del Papa Gregorio XVI, o la encíclica «Quanta cura» y el «Syllabus», ambos de 8 de diciembre de 1864, de Pío IX. En la segunda parte analizará el profesor Ruiz Giménez los textos del Concilio y de ellos extraerá una clasificación de los derechos fundamentales (108). Unas breves perspectivas postconciliares cerrarán el estudio (109).

Como aportación académica interesante hay que señalar el estudio preliminar del profesor Truyol Serra —también catedrático de Filosofía del Derecho como primera vocación— en la publicación que editorial Tecnos hará de las Declaraciones de Derechos y de los Convenios Internacionales (110). Truyol partirá de la aceptación

---

(106) *Obra citada*, pág. 10.

(107) *Obra citada*, págs. 15 a 88.

(108) *Obra citada*, págs. 89 a 174.

(109) *Obra citada*, págs. 177 a 184.

(110) A la edición ya citada en nota 95 siguió una segunda en 1978, con un epílogo del profesor TRUYOL, *Los derechos humanos diez años después* (la primera edición de 1968 se había reimpresso en 1971, 1974 y 1975).

del carácter histórico del concepto de derechos fundamentales: «...Al tratar de evocar la trayectoria histórica de los derechos humanos, no podemos prescindir de un dato inicial en el que demasiadas veces no se repara, a saber: que la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos...» (111). La prehistoria de los derechos empieza antes y naturalmente hay conciencia de la dignidad humana en la Edad Antigua y en la Media «...Lo que ocurre —dirá Truyol— es que la Edad Media, e incluso la Edad Moderna durante el llamado Antiguo Régimen (que en determinadas zonas, movimientos y corrientes se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX, en espera de intentar resurgir bajo nuevas formas en el XX) conoce «derechos estamentales» derechos propios de los estamentos, de los «estados» y «órdenes» en que aparece estratificada la sociedad feudal. La sociedad se presenta al hombre medieval y al del Antiguo Régimen como «naturalmente» estructurada en un orden jerárquico de estamentos con un status desigual, en él que la desigualdad se asienta esencialmente en el principio hereditario condicionado por el nacimiento. La pertenencia a un estamento, orden o estado (Stand, etat) determinada así cual fuera el patrimonio jurídico de cada cual, su situación jurídica en el todo social...» (112).

Es importante junto a esta aclaración del momento histórico de aparición del concepto de Derechos fundamentales y de las razones por las cuales no se puede hablar propiamente de derechos del hombre en la Edad Media como Truyol pone de relieve el papel del Estado moderno —de la forma de poder político propia del mundo moderno— en esa génesis histórica.

«... Fue el desarrollo del Estado moderno bajo el signo del absolutismo monárquico, por «paternal» que éste fuese, o pretendiese ser, unido al creciente relajamiento de los vínculos estamentales (favorecido por cierto por el propio absolutismo nivelador), el que planteó en términos nuevos el problema de la limitación del poder del Estado, que en una primera fase era prácticamente el poder de la Corona, en su relación con los súbditos en cuanto individuos...» (113).

El origen de los derechos fundamentales conectado con la aparición del Estado y como límites a su poder, así como con la lucha por la tolerancia vinculada «a los grupos religiosos minoritarios... perseguidos por igual por los Estados confesionales de

(111) *Obra citada*, pág. 12 (citamos por la 2.ª edición).

(112) *Obra citada*, pág. 12.

viejo o nuevo cuño y las Iglesias oficiales...» (114). Es una observación clave para entender el proceso que Truyol hará muy certamente. El propio enfoque del estudio preliminar, como síntesis de la evolución de los derechos fundamentales en el mundo, sitúan el problema a nuestro juicio en una correcta perspectiva. La teoría general y la indagación sobre el concepto y fundamentos de los derechos humanos exige ese estudio histórico (115).

De todas las obras referidas, aparecidas con ocasión de la conmemoración del vigésimo aniversario de la declaración de la ONU, quizá la más amplia y comprensiva de temas sea la de Castán. Obedece a esa conocida característica de los trabajos del profesor y Presidente del Tribunal Supremo durante muchos años, con las ventajas e inconvenientes que esa forma ecléctica y sintética de enfocar los temas conlleva. Por una parte Castán nos ofrece, por primera vez en la historia de la Cultura jurídica española, una teoría general de los derechos fundamentales y eso debe ser valorado muy positivamente. Se planteará el concepto, la historia de las ideas y la historia del reconocimiento positivo y las garantías. Se omite una teoría de las fuentes, aunque se podría decir que la construye a través de la parte histórica dedicada a la génesis histórica de sus formulaciones positivas (116). También esa característica permitirá una buena información a nivel histórico y de Derecho comparado, aunque ya en ese punto la síntesis que Castán pretende, produce alguna confusión, al introducir a algunos sectores del pensamiento español poco proclives a la aceptación del pensamiento liberal, socialista y democrático moderno, en cuyo seno ha germinado y se ha desarrollado la concepción de los derechos fundamentales (117). Tampoco será posible, por su carácter ecléctico, que resuelva el tema

(113) *Obra citada*, págs. 13 y 14.

(114) *Obra citada*, pág. 14.

(115) Por esa razón y después de la primera edición de mis derechos fundamentales, emprendí, en colaboración con los profesores Liborio Hierro y Eusebio Fernández, la tarea de analizar a fondo la historia de los derechos fundamentales con una ayuda de la fundación March. Estamos terminando la tarea hasta el siglo XVII y espero que, al menos esa parte, esté, en los próximos meses, en condiciones de darse a conocer. Hasta entonces la síntesis del profesor Truyol es lo único que se encuentra en ese ámbito histórico y pese a lo concreto de su objetivo, cumple un papel insustituible.

(116) Vid. partes V y VI, págs. 78 a 119 (cito por la 2.ª edición de 1976).

(117) Vid., por ejemplo, las referencias al Padre Todoli— nota 3 pág. 68—; a Vallet de Goytisolo —nota 3, pág. 68, pág. 74 y nota 1 de la página 174; a Fanjul Sedeño, por ejemplo, en nota 4 de la página 178; a Navarro Rubio en nota 3 de la página 172; a Uscatescu en nota 1 de página 161; a Martínez Esteruelas, nota 2 de la página 150, entre otros.

del origen moderno de los derechos fundamentales, aunque tendrá que reconocer que «... son estrechas las ligaduras que unen al Estado moderno con las declaraciones de derechos...» (118). Por fin su imposible intento de incorporar el sistema franquista al ámbito doctrinal de los sistemas reconocedores de los derechos fundamentales, pese a algunas leves y superficiales críticas debe, a mi juicio, ser rechazado por imposible. Creo que esa parte induce ciertamente a confusión.

Queda, sin embargo, como juicio global positivo su intento logrado en parte pese a la poca extensión de la obra —de ofrecer una síntesis de los problemas de teoría general. También es útil su referencia crítica a la falta de atención importante que el problema ha suscitado, hasta aquel momento, en la cultura jurídica española.

«... El reconocimiento de los derechos fundamentales tiene en nuestra patria una tradición muy gloriosa. Pero quizá los juristas españoles han dedicado, en nuestra época, escasa atención a los mismos, seguramente por la complejidad que ofrece sus teoría global, al hundir sus raíces en la Filosofía del Derecho y extender sus ramas por los campos más variados de la Historia política y el Derecho Constitucional, del Derecho internacional, del Derecho penal, del civil, no menos que del social o laboral...» (119). Como se ve, Castán apunta aquí una orientación que será muy característica de la cultura jurídica española a partir de entonces, y también con anterioridad como hemos visto: la dedicación al tema desde la Filosofía del Derecho. Los temas que el mismo plantea, en interrogante, o al menos gran parte de ellos, justifican ese enfoque: «... El tema de los derechos del hombre está lleno de arduos interrogantes, ¿qué son estos derechos?, ¿qué relación tienen con figuras jurídicas afines? ¿Cuáles son su estructura y sus caracteres? ¿Cuál ha sido en las distintas épocas y cuál puede ser en la actualidad su fundamentación filosófica?, ¿qué origen tienen y qué evolución han seguido las Declaraciones de los derechos fundamentales?, ¿cuáles son en la actualidad, los derechos fundamentales reconocidos?, ¿qué garantías políticas y jurisdiccionales pueden acompañar a estos derechos?, ¿cuál es la realidad y efectividad actual de los derechos humanos en relación con el problema general de la crisis del mundo, ¿hay soluciones adecuadas? ¿Existen, en los graves

(118) *Obra citada*, pág. 121

(119) *Obra citada*, pág. 6.

momentos presentes perspectivas esperanzadoras de superación de esa crisis?...» (120).

#### IV) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CULTURA JURIDICA ESPAÑOLA A PARTIR DE LOS AÑOS SESENTA

A partir de esos años se encuentran ya diversos trabajos, en número creciente según pasa el tiempo. De manera principal son los estudios de los profesores de Filosofía del Derecho, que pretenden abordar aspectos radicales o de fundamentación de los derechos humanos, sin excluir también estudios parciales que se plantean desde ese punto de vista. También la corriente que iniciaron Altamira y Riaza producirá trabajos históricos parciales desde la historia del Derecho. Los procesalistas, los administrativistas, los internacionalistas y los constitucionalistas, sin excluir a profesores de otras materias también incorporarán elementos valiosos para la cultura jurídica española. Por fin, a partir de la Constitución de 1978 se multiplicarán los estudios en relación con temas de derechos fundamentales del Título I de la Constitución.

Los estudios históricos son realizados principalmente desde la Historia del Derecho, aunque hay, en este ámbito aportaciones procedentes de otros campos. Incluso algunos arrancan ya en los años sesenta. Así podemos señalar los siguientes:

«Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas de Alfonso el Sabio» de Joaquín Cerdá Ruiz Funes (121); «Las Declaraciones de derechos y el fuero de Vizcaya» de Adrián Celaya Ibarra (122); «Libertades urbanas y rurales en León y Castilla durante la Edad Media» de Rafael Gibert (123); «La Catalunya del segle XVIII i la lluita contra l'Absolutisme centralista»; «El Proyecto de Abogado General del Público» de Francesc Romá

(120) *Obra citada*, pág. 7.

(121) Publicado en el «Anuario de Historia del Derecho Español», Madrid, págs. 27 a 73.

(122) Publicado en edición separada de «La Gran Enciclopedia Vasca» y como estudio preliminar de su trabajo «El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad», Bilbao, 1970.

(123) Publicado en «Les libertés urbaines et rurales du XI<sup>ème</sup> au XII<sup>ème</sup> siècle Vrijheden in de stat en op het platteland van de XI tot de XIV eeuw Collection Histoire, núm. 19, 1968, págs. 187 a 218 (tengo una fotocopia de este trabajo por amabilidad del profesor Gibert y en ella no consta ni editorial ni lugar de edición).

i Rossell» de Ernst Lluch (124); «El proceso Aragonés de «Manifestación» y el británico de Habeas Corpus» de Víctor Fairén» (125); «La defensa del Derecho de libertad personal en la Historia y en la actualidad española» también de Víctor Fairén (126); «Las libertades Aragonesas» de Jesús Lalinde Abadía (127); «Las Comunidades de Castilla y la formación del Estado Absoluto» de Benjamín González Alonso (128) entre otros.

Como se ve la preocupación en casi exclusivamente por temas medievales, lo que los sitúa en la prehistoria de los derechos fundamentales. No carecen de interés, ni los más descriptivos como el de Gibert, ni los más valorativos como el de Lalinde. Sin embargo, participan de esa atención prioritaria que la historia del Derecho dedica a la época medieval. El profesor Tomás y Valiente considerará con razón que la historia del Derecho se caracterizó hasta 1936 por el «predominio de la historia de la Edad Media, y muy escasa atención, pesa a los propósitos iniciales a épocas más cercanas al presente...» (129) y aunque señalará, después de la guerra civil se superará el medievalismo (130), lo cierto es que eso no se producirá en nuestro tema, quizá con la excepción del trabajo del profesor Benjamín González, interesante, en relación con la aparición del Estado en Castilla en el tránsito a la modernidad, con ocasión del análisis que hace del movimiento Comunero y de su proyecto de Ley Perpetua, de Tordesillas de 1520 en relación con la Sentencia Arbitral que los representantes de los nobles plantearán en 1465. También hay que resaltar que el catedrático de Procesal Víctor Fairén Guillén trascenderá el análisis de las libertades medievales aragonesas comparándolas con el habeas corpus, con el amparo como garantía de los derechos

(124) Publicado en «Recerques», núm. 1, Barcelona, 1970, págs. 33 a 50.

(125) Publicado en «Temas del Ordenamiento procesal», Tomo I, Historia, Teoría General, Tecnos, Madrid, 1969 (La primera publicación se produjo en la «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1963, I.

(126) Publicado en «Revista de la Administración Pública 69», Madrid, diciembre de 1972, págs. 9 a 58. Ya con anterioridad se había ocupado del tema el profesor FAIRÉN, en *Los procesos medievales aragoneses y los derechos del hombre*, en «Anuario de Derecho Aragonés», Zaragoza, 1968-69, págs. 343 y siguientes y en *Antecedentes aragoneses de los juicios de Amparo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971.

(127) Publicado en Zaragoza, XXXLX-XL, 1975, págs. 89 a 117.

(128) Publicado en «Revista de Historia del Derecho», II-1, 1978, págs. 266 a 313.

(129) *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1979, página 59.

(130) *Obra citada*, pág. 66.



fundamentales y también con otras formas de protección actuales. Por fin es conveniente resaltar, para valorar la importancia que pueden tener para la cultura jurídica actual en materia de derechos fundamentales este tipo de trabajos que el profesor Lalinde será escéptico, cuando dice en las conclusiones de su trabajo que «...partiendo de la base de que ninguna época debe imitar las pasadas, sino crear o recrear su propia actualidad, las libertades de carácter medieval no parecen aptas para servir de bandera en nuestra época...» (131). Me parece que una de las conclusiones que se pueden extraer, como hemos visto, del planteamiento que ahora se hace de los derechos fundamentales es que se trata de un concepto histórico del mundo moderno. Con ese planteamiento este tipo de estudios históricos, no referidos al mundo moderno, tiene, a mi juicio, sólo un valor limitado (132).

Los profesores de Derecho Constitucional que han dedicado más atención al tema que nos ocupa son, sin duda, García Pelayo y Pablo Lucas Verdú (133).

El profesor García Pelayo en su «Derecho Constitucional Comparado» (134) no dedicará muchas páginas al tema, en su capítulo VI «La Estructura Constitucional del Estado Democrático Liberal». Sin embargo, muy certeramente situará a esas declaraciones de derechos en un tiempo histórico propio, el del Estado Moderno, que se construye precisamente sobre la destrucción de las comunidades medievales y por consiguiente del sujeto de las libertades y franquicias, de modo que el nuevo sujeto de las libertades no podría ser otro que el individuo...» (135). Como es lógico no sostendrá la tesis de que no existe ninguna relación entre las franquicias medievales y los modernos derechos fundamentales porque se trata «...en ambos casos de una limitación del poder político...» (136). Se diferencian, sin embargo, dirá certeramente García Pelayo en cuanto a los supuestos, la estructura, el sujeto y la expresión.

(131) *Obra citada*, pág. 118.

(132) Así el trabajo del doctor Celaya sobre el fuero de Vizcaya tiene un carácter apologético, sin plantearse ninguno de los temas serios que se reducen de una reflexión científica respecto a la comparación entre los derechos modernos y su prehistoria medieval.

(133) No se deben olvidar tampoco algunas aportaciones sobre problemas más concretos como el muy interesante trabajo del profesor JORGE DE ESTEBAN, *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres, Valencia, 1976.

(134) *Revista de Occidente*, Madrid, 1.ª ed., 1950, 7.ª ed. 1964, por la que citamos.

(135) *Obra citada*, pág. 146.

(136) *Obra citada*, pág. 144.

«...En cuanto a sus supuestos, pues de lo que se trataba entonces era del reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas, de poderes y de normas del «buen Derecho antiguo», tradicional, y hasta entonces consuetudinario, a las que se daba una expresión jurídica escrita más o menos solemne (Carta Magna de 1215, Bula de Oro de Hungría de 1222, Privilegios de la Unión Aragonesa de 1286); pero carecían de ese carácter planificador de la vida política con arreglo a unos principios apriorísticos, racionales y generales que distingue a las modernas declaraciones. En éstas, el contenido es general para todos los súbditos, e incluso en algunos aspectos para los que residan en el territorio estatal; en aquella era parcial, plural y variable con arreglo al «status» territorial o social...

b) Los derechos medievales formaban un complejo de derechos subjetivos heterogéneos en su contenido y significación, en cambio, los modernos derechos individuales forman una regla de derecho objetivo. Y así, mientras los primeros daban lugar a una ordenación immanente, el sistema de los segundos es el resultado de un plan.

c) El sujeto de los modernos derechos individuales es el individuo aislado o, si se quiere, inmediatamente conexionado con la humanidad o con el Estado; en cambio en la Edad Media lo era en cuanto miembro de un grupo social concreto interferido entre el individuo y el poder central o el orden universal. Sus derechos no lo eran a título individual, sino en calidad de noble, de clérigo, de mercader, etc., o de natural de tal territorio, villa o ciudad.

d) De todo esto se desprende que tales derechos medievales habrían de tener otra expresión, pues es claro, que el pluralismo de supuestos y de entidades tenía que corresponderse con una expresión jurídica pluralista; en consecuencia, el instrumento en que se manifiestan tales derechos no es la ley general, sino la costumbre o la norma particularizada: el «pacto», el «Fuero», el «compromiso», etc., pues incluso cuando se trata de «Cartas Generales» se refieren a una parte de la población...» (137).

La extensión de la cita se justifica por la lucidez de su contenido que aclara, definitivamente, en nuestro ámbito a los derechos fundamentales como concepto histórico del mundo moderno. En la Edad Media las franquicias y privilegios podrán suponer también un límite al poder político, y existir entre sus pensadores y filósofos la idea básica de la dignidad moral del hombre, pero

sólo cuando se producen el conjunto de elementos que configuran el tránsito a la modernidad, se puede hablar de derechos fundamentales.

Será el profesor Pablo Lucas Verdú, quien hará un tratamiento más amplio del tema en su «Curso de Derecho Político» (138).

Con una bibliografía muy amplia y muy completa y con un enfoque general del tema, desde sus raíces más profundas, asumirá los planteamientos peculiares de la Filosofía del Derecho, y con las limitaciones propias de los objetivos de su libro, estudiará la historia, que él llamará «la Aventura de los derechos humanos», y también la Teoría general en tres apartados, que él denomina, el problema conceptual de los derechos humanos; contenido, función y sistema de los derechos humanos; y ejercicio, límites y garantías. Hay que subrayar también el carácter crítico, con que enfoca la descripción de los derechos fundamentales en el régimen franquista. Refiriéndose al Fuero del Trabajo dirá que «se inspira en una interpretación autoritaria del personalismo cristiano preconiliar...» (139).

Situado en la presepectiva intelectual del socialismo democrático el profesor Lucas Verdú construirá una teoría integral de éstos que incluirá a los derechos económicos sociales y culturales.

«...Los derechos humanos pueden contemplarse triplemente, a saber: a) como limitación del poder, b) como participación política, c) como despliegue y perfeccionamiento libres de la persona, tanto *uti singulus* como *uti socius*... Recordemos el artículo 2 ya citado de la Constitución italiana. El Estado democrático de Derecho no niega los derechos individuales. Todo lo contrario, los acepta y los hace más reales en la medida que los armoniza con las nuevas condiciones sociales con el progreso económico, social y tecnológico. Respeta la esencia íntima de tales derechos pero corrige sus desviaciones egoístas y tiene bien presente que la personalidad individual, no puede disociarse de las exigencias sociales que dimanen del bien común. En este sentido la persona humana se realiza plenariamente en las formaciones sociales con

(138) Tecnos, Madrid, 1976, volumen III, págs. 33 a 193.

(139) *Obra citada*, pág. 54. Sobre las leyes fundamentales españolas, y en concreto sobre el Fuero de los Españoles, publicará el profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE, su *Comentario al Fuero de los Españoles* que es la única obra sistemática dedicada en el ámbito académico a ese tema (en Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975).

libertad y las formaciones sociales se legitiman con la libertad...» (140).

Creo que su planteamiento es muy correcto y participa de aquella vieja tesis de que el despliegue pleno de los ideales liberales de la Revolución Francesa, libertad, igualdad y fraternidad, necesita del socialismo y que el socialismo necesita también de la asunción de esos ideales. Los derechos fundamentales se benefician mucho de esta síntesis para su fortalecimiento y para su progreso.

En cuanto al fundamento de los derechos humanos planteará el profesor Lucas Verdú, en la línea de la teoría dualista que yo sostengo, su preocupación porque la necesaria superación del idealismo iusnaturalista lleve a «...una fundamentación voluntarista estatal de los derechos humanos...» (141). Su oposición será tajante: «...Aquellos quedan a merced del Estado (en el fondo dependerán de la buena o mala voluntad de los gobernantes o de las mayorías cambiantes. El Derecho, los derechos humanos tienen una inderogable dimensión ético racional. El momento voluntarista, del Derecho debe armonizar con el racional. El subjetivismo del Estado y de sus órganos ha de reconocer la objetividad y esencialidad de los derechos humanos...» (142).

Creo que en definitiva se acepta la teoría dualista que yo había planteado dos años antes de esta obra del profesor Lucas Verdú, y que veremos, al ocuparnos de las aportaciones de la Filosofía del Derecho (143), aunque me parece que es contradictorio con esto la afirmación que hará más tarde de que los derechos fundamentales para él «...como cristiano arrancan de bases teológicas suprapositivas...» (143) lo que no es muy sostenible hoy.

A pesar de esto, me parece que la aportación del profesor Lu-

(140) *Obra citada*, págs. 66 y 67. En la misma línea cuando dice «es menester estudiar el principio de igualdad antes, en cuanto condición básica de la participación examinada desde la vertiente de las libertades...» (pág. 97) o cuando sostiene que la lucha por el mantenimiento y respeto de las libertades ha de plantearse «...fomentando las modificaciones socio económicas necesarias para que se concreten y apliquen mejor los Derechos y libertades fundamentales y se generalice la participación. Es claro que en las condiciones del neocapitalismo aquéllos se menoscaban. Por tanto, es menester su sustitución no violenta, por una estructura socialista...» (pág. 126).

(141) *Obra citada*, pág. 35.

(142) *Obra citada*, pág. 35. En el ámbito del Derecho Constitucional hay que situar también la obra de J. LUIS GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, con prólogo de Jorge de Esteban y apéndice de Pablo Pérez Tremps, Editora Nacional, Madrid, 1980.

(143) *Obra citada*, pág. 88.

cas Verdú es muy positiva y enriquecedora, para la cultura jurídica española en el campo de los derechos fundamentales.

Desde otras ciencias se pueden señalar las aportaciones de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su «Curso de Derecho Administrativo» (144), de Manuel Díez de Velasco en sus «Instituciones de Derecho Internacional Público» (145), de Ricardo de Angel Yaguez en su «Introducción al Estudio del Derecho» (146), de Luis Rodríguez Ramos en «Libertades cívicas y Derecho Penal» (147) y de José Almagro Nosete «La protección procesal de los derechos humanos» (148).

La importancia para nuestro tema de la aportación de los profesores García de Enterría y Fernández deriva de la aplicación de la reflexión jurídica más avanzada en el ámbito del Derecho Público al tema de los derechos fundamentales, y aunque casi siempre las orientaciones se refieren al ámbito del Ordenamiento jurídico español y de la Constitución de 1978, contienen elementos generales válidos que, sin duda, enriquecen nuestra cultura jurídica en este ámbito.

Si hubiera que hacer una caracterización de esta aportación yo diría que potencia la teoría jurídica de los derechos fundamentales. Frente a una tradición muy genérica e incluso muy retórica, ese valor de concreción en el ámbito jurídico, es importante.

La primera aportación que debemos señalar se refiere a la teoría de la producción normativa de los derechos fundamentales, la denominada tradicionalmente teoría de las fuentes.

Una sintética pero muy aguda justificación histórica lleva a la conclusión de que la Constitución, como norma jurídica supre-

(144) Tomo II, Civitas, Madrid, 1981, Título Quinto, *La posición jurídica del administrado*, especialmente Capítulo XVI, IV, *Las libertades públicas en particular*. En el tomo I el capítulo II-II, *La Constitución como norma jurídica* se ocupa del tema en el número 3 *El valor normativo de la Constitución española*, apartado E (Civitas, Madrid, 1979).

(145) Tecnos, Madrid, 1.ª ed. 1973. 5.ª ed. 1980, especialmente el capítulo XXXII, *La protección internacional de los derechos humanos*, también capítulos XXX, *La protección diplomática de las personas físicas y jurídicas* y XXXI, *El derecho de Asilo como institución protectora de la vida y libertad humanas: la protección del individuo contra las prácticas odiosas*.

(146) Universidad de Deusto, Bilbao, 1974, 2.ª ed. 1979, especialmente el capítulo VII-I, *La persona titular de atributos intangibles*. Vid. asimismo del mismo autor *La protección de la personalidad en el derecho privado*, «Revista de Derecho Notarial», Madrid.

(147) Tecnos, Madrid, 1975.

(148) «Revista de Derecho Procesal, Madrid, I, 1973.

ma, es el marco adecuado para la positivación de los derechos fundamentales.

«...La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado, por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos estos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del Pueblo como titular de la soberanía, en su función Constituyente, preceptos dirigidos, tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos, como a los ciudadanos» (149).

Frente a la inhibición del Constitucionalismo europeo del XIX prevalecerá la visión procedente del Constitucionalismo norteamericano que con adaptaciones al sistema continental producirá la aportación de Kelsen, que incorporará, a partir de la Constitución austríaca de 1920, la supremacía normativa de la Constitución, y consiguientemente la conveniencia, para su mejor protección, de positivar a ese nivel los derechos fundamentales.

Las páginas que siguen, en el Curso de Derecho Administrativo, sobre el valor de las normas Constitucionales y su aplicación inmediata, sobre el papel de los tribunales —Constitucional y Ordinarios— y sobre el deber de obediencia a la Constitución, son importantes en el progreso de la positivación de los derechos fundamentales y especialmente las referentes a «la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales...» (150).

(149) *Obra citada*, Tomo I, pág. 87. Se reproduce aquí el trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, «Anuario de Derecho Civil», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1979, págs. 291 a 341 y reproducido después en *La Constitución española de 1978*, Estudio sistemático dirigido por los profesores Predieri y García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980.

(150) *Obra citada*, tomo I, págs. 102 y 103. En esas páginas el profesor García de Enterría calificará de expresión desgraciada infeliz, y de poca fortuna el precepto del artículo 53.3 de la Constitución. Me parece, por el contrario, que es una formulación adecuada para el tipo de normas a las que se refieren —principios rectores de la política social y económica— que son normas de organización cuyos destinatarios no son los ciudadanos, sino los poderes públicos, y eso es lo que dice claramente el artículo 53-3, sólo los ciudadanos no los podrán invocar —no son constitucionalmente derechos subjetivos— si no es con las leyes que los desarrollen, que los convertirán en su caso en derechos subjetivos. Pero la tesis central del profesor García de Enterría no sufre sino que, a mi juicio, se refuerza con este precepto. que

Tendrá también importancia para la teoría de los derechos fundamentales la reflexión que los profesores García de Enterría y Fernández harán en la relación de los titulares de los derechos fundamentales frente a la Administración y así integrarán en la teoría jurídica de los derechos fundamentales a los derechos económicos, sociales y culturales, que se incorporarán a la cultura jurídica por impulso del socialismo como ellos mismos reconocen.

«...Pero la historia hará aparecer, más tarde aún, una tercera especie de derechos fundamentales, los que se llamarán (aunque no exista una convención terminológica firme) los derechos económicos y sociales. Con raíces en la línea de pensamiento socialista, aparecen por primera vez en la Constitución mejicana de 1917 y se extienden al Constitucionalismo europeo a raíz de la primera posguerra para hacerse ya generales en la segunda. Este tipo de derechos no suponen ya una abstención del Estado como contenido fundamental sino, por el contrario, una prestación positiva del Estado, en favor de los ciudadanos, a los que se trata de asegurar un nivel mínimo de libertades reales que les asegure las posibilidades de existir y de desarrollarse libremente en la sociedad...» (151).

Lo importante de este reconocimiento es que se integrarán estos derechos en el ámbito propio de la teoría de los derechos fundamentales, sin considerarlos de nivel inferior o de imposible asimilación como hacía el pensamiento liberal clásico. Se acepta la función promocional, o como dicen Enterría y Fernández la función —ellos la llaman actividad— prestacional del Estado, y también la idea, clave para un desarrollo pleno de los derechos fundamentales, de que todos tienden al mismo fin, que es el desarrollo integral de la condición humana, con el horizonte de la autonomía moral.

«...De este modo las diferencias últimas entre derecho-autonomía, derecho participación y derecho prestación se difuminan y aparece más bien la realidad de un catálogo concreto de derechos fundamentales, marcados por su marchamo constitucional, que los ha destacado formalmente como tales, a través de los cuales, se

pretende precisamente fijar el valor normativo de la Constitución, en el ámbito de los destinatarios de sus normas (en este caso los poderes públicos) que habrán de ajustar su acción a esos preceptos que son alegables ante el tribunal Constitucional por exceso o por defecto que produzca inconstitucionalidad en la acción de los poderes públicos.

(151) Vid. *Obra citada*, Tomo II, pág. 57.

intenta asegurar el papel central del ciudadano en el sistema político, con el triple y simultáneo objetivo de 1) respetar su esfera privativa de vida personal, incoercible por el poder público, 2) erigirle en dominus de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado y en las instancias públicas y socialmente relevantes, de modo que no se bloquee en ningún momento la posibilidad misma de esa actuación determinante y 3) organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado en su favor que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema...» (152). No podemos en el ámbito de este trabajo estudiar exhaustivamente todas las consecuencias jurídicas positivas que se derivan de estos planteamientos teóricos, ni por supuesto en el marco del Ordenamiento jurídico español, desde la Constitución de 1978, aunque sí debemos señalar el rigor y el acierto con que, a mi juicio, se expone el tema.

Sí es conveniente, creo, señalar los objetivos del Derecho positivo, y especialmente en este caso del Derecho Administrativo, para atender esas nuevas exigencias que aquellos derechos fundamentales que exigen una función promocional o prestacional.

Así el esquema tradicional del Derecho Administrativo clásico pensado para unas funciones jurídicas reducidas —la garantizadora y la represora— no es satisfactorio para esos nuevos fines. «...Es, en efecto, bien evidente que ya no basta con acotar reducidos exentos frente a la acción del poder a los efectos de proporcionar al individuo una protección efectiva. A este orden de necesidades se ha venido a sumar, en la época en que vivimos, otro no menos importante, a partir de la constatación, verdaderamente elemental, de la absoluta impotencia del individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias y correlativamente, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de los entes públicos para suplir aquellos y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva, capaz de asegurar su subsistencia a un nivel mínimamente razonable. Al compás de este cambio realmente impresionante de los supuestos sobre los que se asienta la existencia individual y colectiva, la propia imagen de la Administración ha variado sustancialmente presentándose no tanto como una amenaza para la libertad de los ciudadanos, sino más bien, como el soporte necesario de la propia existencia de és-

(152) *Obra citada*, Tomo II, pág. 58.



tos...» (153). Este planteamiento exigirá una reconstrucción de la actividad prestacional de los entes públicos, de los servicios públicos con «...una normativa general que, en lugar de contentarse con incluir meras habilitaciones para la Administración, impusiera a éste obligaciones estrictamente tales, en términos bien definidos para toda clase de prestaciones vitales, susceptibles de ser exigidas judicialmente por los particulares y que garantizara a éstos niveles de prestación concretos en función de datos objetivamente comprobables, estimulando al propio tiempo, de forma decidida, su participación asociada en el funcionamiento de las organizaciones prestacionales...» (154).

Estamos ante todo un sugestivo programa científico y legislativo derivado de esa visión integral de los derechos fundamentales que tienen los profesores García de Enterría y Fernández y que les sitúa, en este tema, más próximos a las tesis del socialismo democrático que a las del liberalismo clásico. En todo caso, éste es uno de los temas donde más queda por hacer y es bueno que, al menos a nivel doctrinal, se plantee con esta claridad (155).

El profesor Díez de Velasco expondrá el sistema de protección internacional, aún modesto y reducido, tanto a nivel universal —Naciones Unidas— como a nivel regional —en el Consejo de Europa— (156).

Por su parte el interés de las pocas páginas que el profesor Angel Yagüez dedica a ltema deriva de su conexión con el ámbito del Derecho privado —él es profesor de Derecho Civil— a través de los llamados por la doctrina civilista derechos de la personalidad. Para el citado profesor «...Tanto la expresión «derechos individuales» (y afines) como la de «derechos humanos» aluden,

(153) *Obra citada*, Tomo II, págs. 66 y 67.

(154) *Obra citada*, Tomo II, pág. 75.

(155) También son de interés en este mismo sentido las páginas que dedican a la participación del administrado en las funciones administrativas desde la página 76 a 87.

(156) Ya se había ocupado del tema el profesor DÍEZ DE VELASCO, en *El Derecho de Asilo Diplomático en la Convención de Caracas de 1954*. En «Estudios de Derecho Internacional», homenaje al profesor Barcia Trelles. Santiago de Compostela, 1958, págs. 291 a 305. *Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los derechos del hombre*. Estudios, homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, Reus, Madrid, 1959, Tomo II, págs. 585 a 663; *Organos de protección de la Convención Europea de Derechos del Hombre*, «Revista Temis», Zaragoza, 1959, págs. 95 a 118. También se había ocupado del tema el profesor GONZÁLEZ CAMPOS, en *La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas* en la obra colectiva ONU, año XX, Tecnos, Madrid, 1966.

fundamentalmente, a las cualidades de la persona como tal, pero en las relaciones entre ella y el poder (el Estado y sus órganos)... Pero hoy no nos es posible desconocer la existencia de otro orden de relaciones humanas, menos espectacular que el anterior, pero no por ello menos importante, a saber, el campo de las relaciones entre los individuos... Por ello dentro de la teoría de los derechos humanos cabe destacar la que alude a los llamados (en expresión discutible pero muy acreditada) derechos de la personalidad. Insistimos en que los «derechos de la personalidad» no son algo distinto de los «derechos humanos». Lo único que existe es una diferencia en su campo de acción: las relaciones individuo-Estado en los últimos, las relaciones individuo-individuo en los primeros...» (157).

No podemos estar de acuerdo con esta tesis que pretende mantener un residuo iusprivatista en este ámbito de los derechos fundamentales sobre la base de la muy discutible, imprecisa y a reelaborar distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Es inevitable concluir en la unidad inescindible de los derechos fundamentales y hoy, algunos derechos fundamentales como la libertad de enseñanza, el derecho a la educación, la libertad de expresión y de información, el derecho de huelga o la libertad sindical, pueden ser violados tanto por los poderes públicos como por los particulares, e incluso más por los particulares. Por consiguiente deben ser esgrimidos, tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares. Por otra parte algunos de esos llamados derechos de la personalidad —derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, al honor o al secreto de la correspondencia, que el profesor De Angel Yagüez expone, siguiendo a Castán, no son sólo esgrimibles frente a particulares, sino también y muy especialmente frente a los poderes públicos, que en caso de abolición de la pena de muerte, como en la Constitución Española de 1978, suponen una norma cuyos destinatarios son precisamente los Poderes Públicos que no pueden restablecerla sin reforma constitucional (158).

(157) *Obra citada*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 347 y 348.

(158) Entre las obras de interés de aquellos años, al margen de la cultura jurídica académica se puede señalar también la obra del Magistrado valenciano MANUEL PERIS, *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres, Valencia, 1976. Señalaremos también otros trabajos parciales en el ámbito académico o fuera de él en los últimos años sesenta y en los años setenta que ponen de relieve el interés por el tema de los derechos fundamentales; los trabajos se refieren a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, prensa

La aportación central para la configuración de los derechos fundamentales en la cultura jurídica española actual, y esa será su mayor originalidad, se produce desde la Filosofía del Derecho. Con los precedentes que hemos indicado y a partir de los años setenta una serie de profesores de Filosofía del Derecho como Elías Díaz, López Calera, Sánchez de la Torre, Fernández Galiano, Atienza, Pérez Luño, Benito de Castro, Carmelo Gómez, Ruiz Miguel, Luis Prieto, Eusebio Fernández, Liborio Hierro y el autor de este artículo, se ocuparán desde diversas publicaciones del tema de los derechos humanos. Por la atalaya desde la que se sitúan, pretenden ir al fondo de los problemas históricos y conceptuales que plantean y naturalmente tendrán en cuenta esa parte de la

e información, y a la libertad de expresión, prensa e información, y a la libertad de reunión y asociación. Así *La libertad religiosa*, de A. F. CARRILLO DE ALBORNOZ, Edicusa, Madrid, 1.ª ed. 1966; *La libertad religiosa en León XIII y en el Concilio Vaticano II*, de ENRIQUE TORRES ROJAS, S. M. Editorial Eset, Seminario Diocesano, Vitoria, 1968; *Estado confesional y libertad religiosa*, de JAVIER RUPÉREZ, Edicusa, Madrid, 1970; *Libertad religiosa y Orden Público*, de LORENZO MARTÍN RETORTILLO, Tecnos, Madrid, 1970; *Pluralismo y libertad religiosa*, de ALBERTO DE LA HERA, «Anales de la Universidad Hispalense», Serie Derecho, núm. 10, Sevilla, 1971; *La objeción de conciencia en España*, de JESÚS JIMÉNEZ, Edicusa, Madrid, 1973; *El autocontrol de la actividad informativa*, de JOSÉ MARÍA DESANTES, Edicusa, Madrid, 1973; *El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos rescatados*, de LORENZO MARTÍN RETORTILLO, Edicusa, Madrid, 1976; *El Servicio Público de la Televisión*, de TOMÁS QUADRA-SALCEDO, «Instituto de Estudios Administrativos», Madrid, 1976; *Sobre las libertades políticas en el Estado español: expresión reunión y asociación*, de GREGORIO PECES-BARBA, TOMÁS QUADRA-SALCEDO, JOSÉ M.ª MOHEDANO y PEDRO GONZÁLEZ, FERNANDO TORRES, Valencia, 1977; *La cláusula de conciencia desde la perspectiva profesional*, de JOSÉ M.ª DESANTES GUANTER, «Revista Persona y Derecho», Universidad de Navarra, volumen IV, 1977; *Libertad religiosa y confesionalidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, de GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA, Editorial Eset, Seminario Diocesano de Vitoria, 1978. A partir de 1978 con motivo de la Constitución se publicarán también un número amplio de trabajos que se reflejarán en otro estudio de los profesores Juan Ramón Páramo y María Dolores González que se publica también en este número del «Anuario de Derechos Humanos». Para un buen conocimiento de esta bibliografía y en general de legislación y jurisprudencia ordinaria y constitucional, en torno a la Constitución vid. el excelente trabajo dirigido por el profesor ENRIQUE LINDE PANIAGUA, *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978*, publicado en «Documentación Jurídica», número monográfico (comprende los números 25 a 28 de enero a diciembre 1980) que aparece realmente en julio de 1981. Es asimismo interesante, sobre todo después del 1.º de julio de 1981, con la aceptación por España del recurso individual ante la Comisión Europea de derechos humanos la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema Europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979.

filosofía del Derecho que es la Teoría de la Justicia, como razón de la competencia académica para su intervención. Eso mismo dotará a la mayor parte de esos trabajos de una característica peculiar que sólo se encuentra en estos enfoques.

El profesor Elías Díaz ya había sentado las bases del tema desde la perspectiva del Estado de Derecho en su obra «Estado de Derecho y Sociedad democrática», probablemente una de las obras más difundidas, desde su publicación hasta hoy, en esta literatura jurídico política. Allí desde la perspectiva del socialismo democrático dirá que «...lo importante ...es que el binomio democracia socialismo se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las mencionadas exigencias fundamentales del Estado de Derecho; imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general ;división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos anti totalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales...» (159). Este trabajo se continuará tanto en la difusión del socialismo humanista de Fernando de los Ríos, como ya hemos señalado al indicar la reimpresión de «El sentido humanista del Socialismo» con un amplio estudio preliminar, como en otros trabajos que agrupará en 1977 en su obra «Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático» especialmente «Libertad igualdad en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789» y «Socialismo democrático y derechos humanos» (160). En el primer trabajo, de perfil histórico el análisis de la declaración de 1789, se hará buscando los elementos progresivos e intentando, frente a otras concepciones socia-

(159) *Obra citada*, Vid. especialmente capítulo I, *Estado liberal de Derecho* y capítulo IV *Estado Democrático de Derecho*, la cita es de la página 178.

(160) Civitas, Madrid, 1977. El último trabajo referido había sido publicado en la obra colectiva *Políticas y Derechos Humanos*, FERNANDO TORRES, Valencia, 1976, con trabajos de Atienza, Fernández Rozas, González Campos y Peces-Barba. El trabajo del profesor Fernández Rozas versa sobre *La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el Orden jurídico interno* y el del profesor González Campos sobre *Derechos humanos y situaciones coloniales*. A los demás nos referiremos más adelante. (Por cierto que este libro *Política y Derechos humanos* recoge un ciclo frustrado en la Universidad de Oviedo, bien porque una conferencia fue prohibida, la mía precisamente, y otros dos participantes los profesores Fernández Rozas y Atienza fueron incluso procesados por el T.O.P. y suspendidos de empleo y sueldo, signo de la situación en 1975, con la reacción del último gobierno de Franco ante temas y personas «tan peligrosos»).

lista que la rechazan de plano, su integración en una evolución posterior que permita la aportación socialista.

«...La burguesía liberal es indudablemente revolucionaria y progresiva frente a la monarquía absoluta y frente a los estamentos privilegiados del «antiguo régimen». Ahora bien... no es menos cierto que la coincidencia ideológica entre «orden natural» y «orden burgués», es decir, la sacralización de los derechos de la burguesía (especialmente el derecho de propiedad privada) desde el Derecho Natural, acabará por dar a esos derechos (y cada vez más a lo largo de los siglos XIX y XX) un sentido y una interpretación liberal, sí, pero irremediabilmente conservadora.

Con todo... las exigencias centrales contenidas en la Declaración, como derechos fundamentales son, en su gran mayoría susceptibles de aplicación y de vigencia también a niveles no burgueses: tal ocurre, por ejemplo, con todas las disposiciones relativas al establecimiento de suficientes garantías procesales, con la libre participación política de carácter democrático y en general (transformada la base económico social y en primer lugar el régimen de propiedad), con las afirmaciones y exigencias relativas a la igualdad y a la libertad...» (161).

El segundo de los trabajos del profesor Elías Díaz es, a mi juicio, su más importante contribución a la teoría de los derechos humanos. Reúne tanto la perspectiva filosófico jurídica como la del socialismo democrático y creo que resume muy adecuadamente el problema, tal como se plantea a la altura de nuestro tiempo.

Partirá también en su reflexión de la teoría de la Justicia, como parte de la filosofía del Derecho que indaga sobre el Derecho justo, que debe ser.

«...Los derechos humanos constituyen el contenido concreto histórico, de esos grandes valores éticos (y políticos) que son la libertad, la justicia, la paz. Quizá todos esos valores pudieran sinte-

(161) *Obra citada*, págs. 76 a 77. Posteriormente perfilará este planteamiento general en la tercera parte del trabajo que denomina *Análisis de contenido: libertad, igualdad, propiedad* (págs. 79 a 88), donde como resumen dirá: «...la connotación última, decisiva de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 muestra, al igual que el propio resultado de la Revolución francesa, un carácter definitivo y netamente liberal progresista en él, que, por supuesto, los factores conservadores burgueses (centrados precisamente en esa idea de propiedad) predominan y se imponen sobre las implicaciones revolucionarias de fondo, que podrían haber derivado de una concepción integral, no simplemente jurídica, de la igualdad, concepción totalizadora que será después la asumida de modo más coherente y pleno por el socialismo...» (p. 88).

tizarse en el de la justicia, si entendemos ésta como resultado de una correcta y dinámica articulación en el tiempo —y en una concreta realidad social— de las exigencias siempre en progresión abierta, que se expresan fundamentalmente a través de la libertad y de la igualdad» (162).

En este párrafo se advierte tanto la historicidad del valor justicia, como la concreción de su contenido en las ideas de libertad e igualdad y la realización de éstas por medio de los derechos humanos. Desde ese planteamiento inicial llegará a la conclusión de que los derechos humanos se han convertido en el criterio legitimador del poder político, porque dirá «hoy resulta extraordinariamente difícil encontrar a alguien (individuo o Estado) que abierta y explícitamente se reconozca contrario a los derechos humanos» (163). Y precisamente para profundizar en esa idea resultará imprescindible preguntarse «¿Qué derechos humanos y qué valores deberán reconocerse y ampararse? Y lo que es tan decisivo como lo anterior, ¿quién debe establecer cuáles han de ser esos derechos y valores considerados aquí y ahora como los más justos?...» (164). Así llegará a la conclusión de que será el criterio de las mayorías el decisivo frente a los defensores de que una sola persona «carismáticamente sacralizada como excepcional» o «un grupo minoritario caracterizado como élite dirigente...» (165). Esta mayoría, con respeto a la libre crítica tanto individual como de las minorías es «criterio democrático de ordenación jurídico política (no digo

(162) *Obra citada*, pág. 125.

(163) *Obra citada*, pág. 126. Lo cual por otra parte no es cierto, porque por ejemplo el profesor Villey criticará a los derechos del hombre a través de un balance más negativo que positivo en su trabajo *Critique des droits de l'homme*, publicado en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», número monográfico sobre el tema *Derechos humanos*, núm. 12, fascículo 2, Granada, 1972, págs. 9 a 16. Este trabajo fue una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Complutense en abril de 1972 por invitación mía. Posteriormente envié un artículo defendiendo mi concepto de derechos fundamentales al profesor Villey para publicarlo en los *Archives de Philosophie du Droit* y no lo ha publicado, sin duda, no por sus discrepancias, sino porque no lo encontraría con la calidad suficiente para ser publicado en su revista. Por cierto que Elías Díaz en nota recordará refiriéndose a las propuestas de Fernando de los Ríos «para la eliminación y superación del concepto de heterodoxia a través de la conjugación de las discrepancias lo que se impone por el contrario en las actitudes más reaccionarias de los años cuarenta —tras la guerra civil— es precisamente la fórmula dogmática de dar por terminada la conjunción de las heterodoxias a través de la eliminación de las discrepancias (nota 1, pág. 126).

(164) *Obra citada*, pág. 230.

...criterio último de verdad que cada hombre puede individual y libremente reivindicar) y ...cauce de determinación de los derechos humanos que, en una circunstancia histórica concreta, legitiman en consecuencia a un régimen o sistema político...» (166).

Ciertamente que aquí se elude el tema de la objetividad o del fundamento de esos valores de libertad e igualdad que la mayoría concreta en cada momento histórico en los derechos fundamentales a través de la Constitución, o se parte de la base de que se trata de un fundamento histórico que se alumbra en el seno del mundo moderno —aunque con precedentes— por el liberalismo y por el socialismo democrático. Lo cierto es que filosofía democrática y derechos humanos están entrelazados por Elías Díaz, con lo que y, esa es también mi tesis, el único Poder político capaz de impusar la positivación garantizada de los derechos humanos es el poder resultante de una sociedad democrática.

Lo que Elías Díaz llama «libertad crítica» es imprescindible. «...Sin libertad no hay nada: ni igualdad, ni justicia ni auténtica paz...» (167).

El componente igualatorio, la igualdad, completará la idea de libertad. Y tampoco, consecuentemente con sus planteamientos será posible evitar la necesaria integración entre libertad e igualdad, o como yo prefiero decir la meta de una libertad de contenidos igualitarios. Por eso Elías Díaz rechazará las dos soluciones parciales que impiden la síntesis.

«...Ante tal cuestión ha habido siempre idearios de carácter reaccionario y antidemocrático, que ...gozosamente amparados en esta circunstancia de falta de cultura y de medios económicos favorables para conocer y decidir con verdadera libertad (y, por lo tanto no haciendo nada, o muy poco, para variar aquella) han zanjado la cuestión cortando por lo sano y en beneficio propio; es decir, negando poder y derecho de voto —con carácter prácticamente definitivo— a buena parte de las clases populares, cuando no, sin más, a todo el cuerpo social. Oponiéndose al sufragio universal y a toda libre consulta al país, surgen así en su lugar taumáturgicos y demagógicos suplantadores de la voluntad popular que no sienten el menor pudor de lo que el pueblo por la fuerza reducido al silencio, supuestamente quiere o desea...» (168).

165) *Obra citada*, pág. 130.

166) *Obra citada*, pág. 132.

167) *Obra citada*, pág. 134.

168) *Obra citada*, pág. 135.

La libertad debe ser para todos, debe tener contenidos igualitarios. Contesta así a los liberales que elogian la libertad pero rechazan la igualdad.

«...Si la libertad es un valor tan fundamental y básico como se infiere de la definición del ser humano por su racionalidad y su libertad y como —en perspectiva que implica un entendimiento y una realización histórica de tales dimensiones— aquí se está afirmando (e intentando probar) si realmente la libertad es el derecho humano más esencial, parece lógico exigir que no se entienda éste ni como algo ficticio (sino real) ni como algo sólo a algunos (sino a todos) asegurable...» (169).

Su conclusión será razonable y se desprenderá de toda su construcción.

«...Existe, pues, una ineludible interconexión entre libertad e igualdad y entre libertad e igualdad real. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa. El liberalismo conduce así coherentemente al socialismo...» (170). Entronca Elías Díaz con toda la tradición del socialismo democrático que reclama la continuidad con el liberalismo para convertir en reales los viejos ideales de la Revolución Francesa.

Eso exigirá desfundamentalizar, como yo he dicho, a aquellos derechos humanos de imposible contenido igualitario.

«...La preferente, cuando no exclusiva, utilización de los derechos humanos en beneficio de la burguesía ha sido posible, puede decirse, gracias precisamente al control y absoluto dominio ejercido por ella sobre la propiedad privada de los medios de producción. Y ese dominio es quien, a su vez, ha distorsionado y oscurecido el recto sentido histórico de la totalidad de los derechos humanos. No se ve aquí desde luego a la propiedad colectiva como absoluta e indiscriminada panacea para todos estos males; pero una planificación democrática y un riguroso control desde ella de la producción y de la distribución me parecen completamente necesarios para que pueda hablarse hoy de derechos humanos...» (171).

La posición del catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid no pretende, dice, «diseñar aquí de una manera plena y exhaustiva un perfecto e inalcanzable ideal social, por más que ideales y utopías deban ser —creo— rehabilitados siempre, y también hoy como instancias dinamizadoras de la pobre realidad empíri-

(169) *Obra citada*, pág. 137.

(170) *Obra citada*, pág. 138.

(171) *Obra citada*, pág. 144.



ca...» (172), pero creo que aporta elementos valiosos para robustecer aquella corriente más positiva para los derechos fundamentales en la cultura jurídica europea y también española.

En el año 1973 publiqué mi libro «Derechos Fundamentales I: Teoría General» que en posteriores ediciones se tituló «Derechos Fundamentales» (173). El profesor López Calera había ya publicado su obra «Hegel y los derechos humanos» (174) donde desde una interpretación liberal de Hegel se analizan «algunos aspectos concretos de los derechos humanos y de su contexto doctrinal» y las bases que su doctrina del espíritu objetivo ofrece para una teoría de los derechos humanos, aunque López Calera, reconozca que esta no se encuentra «explícitamente desarrollada» (175).

Así dirá «...Sí a Hegel no se le puede excluir de una teoría de los derechos humanos es, entre otras cosas, porque ha elaborado una de las doctrinas más acabadas sobre la libertad. Ya sabemos que se puede discutir ampliamente el sentido de esa libertad hege-

(172) *Obra citada*, pág. 148. En la misma línea el profesor Ruiz Miguel aportará una excelente síntesis del pensamiento del prof. BOBBIO, en *Norberto Bobbio y el debate de la izquierda italiana*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 59, Madrid, Primavera de 1980, págs. 7 a 42.

(173) Editorial Guadiana, Madrid, 1973, segunda edición en 1976 y la tercera ya en Editorial Latina, Madrid, diciembre de 1980. Aunque fechado en 1972, por aquellas fechas aparecerá también el número de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», monográfico sobre el tema, dirigido por el profesor López Calera, con trabajos de Villey, ya señalado, de Friedrich, Maihofer, Gardies, Bondy, Tammelo, Hubner, Gallo, Llompарт, Espada Ramos, Montoro Ballesteros, Sardina Páramo, De Castro Cid, ya señalado, Sampaio y Rodríguez Panniagua. Interesante para nuestro tema es el enviado desde Japón por el padre Llompарт, S. J. sobre *La historicidad de los derechos humanos*. Había ya aparecido el libro del profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Teoría Jurídica de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972 que en la primera página, no en la portada, recibe un añadido al título *II Sociología de los derechos humanos* con la pretensión, dice su autor, de aclarar científicamente los datos actuales de ese problema universal que afecta a todos los países sin excepción: dar vigencia a los Derechos Humanos» (pág. 12). Una lectura detallada del libro no permite, sin embargo, deducir la finalidad que pretende su autor. Por otra parte, la ausencia del Tomo I de esa Teoría Jurídica de los derechos humanos y la existencia sólo del Tomo II, que sigue siendo Teoría Jurídica, aunque se subtitule Sociología de los derechos humanos, no aclara precisamente el tema. Sobre el tema vid. asimismo FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho Natural I*, 2.ª edición 1970.

(174) Colección monográfica de la Universidad de Granada, 1971. Más tarde en 1973 publicará, siguiendo su investigación sobre Hegel *El riesgo de Hegel sobre la libertad*, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada, 1973.

(175) *Obra citada*, pág. 12.

liana y su posible o dudosa calificación como derecho subjetivo de la persona humana. Pero resulta muy difícil que del cántico hegeliano, encendido y profundo sobre la libertad se puede concluir que la libertad subjetiva e individual no significa nada para su sistema, por causa de otras «antítesis» como podría ser en cierto sentido su gran exaltación de la calidad ética del Estado, por ejemplo. Tal vez nuestra tesis peque de atrevida, sobre todo ante tantas y repetidas, aunque también en parte ya superadas, interpretaciones y afirmaciones del totalitarismo de Hegel» (176).

Del análisis concreto del complejo pensamiento Hegeliano al que el profesor López Calera ha dedicado años de estudio, sobre la libertad llegará a la conclusión de que «...la libertad objetiva de Hegel significa, dentro de la problemática de los derechos humanos, la gran respuesta a las teorías individualistas que van a dominar el siglo XIX y que llega hasta nuestros días. Sin embargo, Hegel no ahogó al individuo dentro de ese ser superior, como parece engañosamente presentarse, que es el Estado. La libertad objetiva no implica la negación de la libertad individual ni un totalitarismo político..., sino que constituye la más real planificación de todos los aspectos personales e individuales, al elevarse al nivel de lo ético en el que priva lo objetivo, lo general, lo universal... A nuestra manera de ver, y con precisiones indispensables, la teoría hegeliana de la libertad significa —aunque tal vez no haya conseguido el éxito— uno de los más serios esfuerzos para salvar la libertad en sí de los individualismos desintegradores y de los totalitarismos deshumanizantes...» (177). Esta última expresión que el profesor López Calera atribuye al pensamiento de Hegel constituye el objetivo declarado del socialismo democrático. ¿Cabe en algún sentido situar a Hegel en apoyo de esas posiciones? Ciertamente que algunos discípulos de Hegel como Michelet o H. B. Oppenheim podrían orientarse genéricamente como precursores de esos planteamientos (178). La aportación de López Calera debe en todo caso proseguirse y profundizarse y nadie mejor que él mismo para hacerlo.

En cuanto a mi primera edición de 1973 de la teoría general fue precedida o seguida de otros trabajos complementarios sobre diversos aspectos de los derechos fundamentales. Así «La protección de los derechos fundamentales en Francia ante el Consejo Constitu-

(176) *Obra citada*, pág. 33.

(177) *Obra citada*, pág. 60.

(178) Vid. *Die Hegelsche Rechte*, edición de H. Lübke, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1962. La traducción italiana, introducida por Claudio Cesa, lleva el título, a mi juicio, más correcto de *Gli Hegeliani Liberali*, Laterza, Roma, Bari, 1974.

cional» (179); El socialismo y la libertad» (180); «Socialismo y Estado de Derecho» (181); «Notas sobre derechos fundamentales, socialismo y Constitución» (182); «Notas sobre el concepto de derechos fundamentales» (183). Finalmente se acaba de publicar mi trabajo sobre «Los derechos económicos, sociales y culturales», ponencia que desarrollé en las jornadas de profesores de Filosofía del Derecho que se celebraron en Murcia en 1978, bajo la hospitalidad del profesor Hurtado Bautista y del Departamento de la Facultad de Derecho de Murcia.

No pretendo en este trabajo, sino de manera muy sintética, señalar los objetivos que ha tenido hasta ahora mi aportación a los derechos fundamentales. Cuando como colofón de estas reflexiones señale los objetivos a alcanzar en el futuro en la cultura jurídica española teniendo en cuenta lo alcanzado hasta ahora, estaré también señalando lo que yo mismo no he hecho, y lo que me queda por hacer, junto con los demás estudiosos del tema.

Entre esos objetivos se encuentran los siguientes:

a) La búsqueda de una fundamentación filosófica y científica a esa parcela del Derecho que es el Derecho de los derechos fundamentales. A este tema dediqué el tema segundo de mi libro con el título «El Derecho de los derechos fundamentales y su estudio científico y filosófico», y es quizás la única parte de ese libro que no ha sido reelaborada ni profundizada en las dos posteriores ediciones. Un esfuerzo de reflexión serio tiene por consiguiente que ser hecho a mi juicio en este campo situado en el ámbito de la teoría de la Ciencia.

Sin embargo, la afirmación que entonces hace de la autonomía del Derecho de los derechos fundamentales tanto a nivel científico como académico se debe mantener e incluso potenciar. Por fin debo decir que la propuesta que hago en ese capítulo sobre las diversas áreas de estudio de los derechos fundamentales se ha incorporado, casi sin modificaciones al plan de estudios del Instituto de Derechos

(179) Publicado en «Boletín Informativo de Ciencia Política», dirigido por Carlos Ollero, abril de 1972, págs. 57 a 83 y reproducido en mi libro *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.

(180) Publicado en «Sistema», núm. 9, abril de 1975, págs. 67 a 95 y reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*.

(181) Publicado en «Sistema», núm. 15, Madrid, octubre 1976 y reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*.

(182) Publicado en «Sistema», núms. 17-18, Madrid, abril de 1977 y reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*.

(183) Publicado en el libro homenaje al profesor Corts Grau, Universidad Literaria de Valencia, 1977 y reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*.

Humanos de la Universidad Complutense para obtener el Diploma de especialización en derechos humanos (184).

b) La búsqueda del fundamento de los derechos humanos a través de un concepto dualista que integre el momento de formación en el nivel ético y filosófico y el de su positivación en el Derecho válido. Dicho desde otra perspectiva se trata con esta reflexión de superar tanto el idealismo iusnaturalista, como el positivismo estatalista.

Ciertamente que esta concepción dualista que he formulado necesita perfiles y matices importantes, pero hasta hoy no creo que se pueda considerar rebatida ni superada, porque recoge objetivamente los dos momentos en la formación de los derechos fundamentales. Ciertamente, el problema que persiste es el del valor objetivo que tienen los valores o los principios éticos que el mundo moderno considera como derechos fundamentales, o dicho de otra manera: cuáles son los derechos fundamentales y quién los tiene que establecer (185).

(184) Vid. *Derechos fundamentales* (cito siempre por la 3.ª edición de 1980, Editorial Latina), págs. 77 a 89 y especialmente 88 y 89. El plan de estudios del Diploma de especialización que consta de dos cursos tiene las siguientes materias obligatorias: 1.º curso: Filosofía y Ciencia de los Derechos fundamentales (1 cuatrimestre), Sociología de los derechos fundamentales (1 cuatrimestre), Historia de los derechos fundamentales (hasta el siglo XVIII). Teoría jurídica de los derechos fundamentales (Parte General), Derecho Comparado de los derechos fundamentales. 2.º curso: Teoría Jurídica de los derechos fundamentales (parte especial). Historia de los derechos fundamentales (siglos XIX y XX). Derecho Internacional de los derechos fundamentales y Derecho Positivo Español de los derechos fundamentales.

(185) En cuanto a las observaciones que a este planteamiento han hecho los profesores Elías Díaz, Fernández Galiano y Atienza me remito a la noticia que de ella doy en el libro (vid. págs. 28 y sigs.). También el profesor Robles Morchón en dos artículos, especialmente en el segundo criticará al propio concepto de derechos humanos, y se referirá, sin mencionarme, a los intentos de superar la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Sin perjuicio de que existen observaciones interesantes en los trabajos del profesor Robles, parte de dos presupuestos que no comparto: la separación radical teoría y política, con una concepción muy pesimista de la política, separación que al menos en el ámbito jurídico es difícil de sostener; y la creencia de que el nacimiento de la teoría de los derechos humanos vinculada a las doctrinas iusnaturalistas hace imposible la superación de esta unión. La teoría dualista que supone un estudio en el ámbito de la filosofía y de la ética para la búsqueda de los valores, supone un estudio científico jurídico para el Derecho positivo de los derechos fundamentales. No creo que sea imposible aunque tiene dificultades. Las mismas que se producen en cualquier reflexión filosófica jurídica para fundar una teoría de la justicia que no sea de estricta observancia iusnaturalista. Si se aceptase la tesis del profesor Robles se

c) La afirmación del carácter histórico del concepto, como formado en el mundo moderno, y, consiguientemente, como concreción en ese tiempo histórico de las exigencias de la dignidad del hombre y de su consideración como sujeto ético que pretende su autonomía moral. La reflexión histórica nos aportará elementos fiables y objetivos respecto a la forma en que aparecerán en la cultura los valores libertad e igualdad en su imagen moderna, y los derechos fundamentales en sus perfiles concretos como valores a realizar en el Derecho Positivo. Esta parte tiene una gran importancia, pero el fundamento de los valores que se descubran, en su raíz última sólo podrán tener el grado de objetividad que pueden alcanzar la filosofía y la ética (186).

d) La tesis de que los derechos fundamentales constituyen hoy el contenido de la Teoría de la Justicia y dada la vinculación entre Poder y Derecho, suponen al mismo tiempo un criterio óptimo de legitimación del Poder. Precisamente esta vinculación entre Derecho y poder que he subrayado en otro trabajo (187), me ha llevado a reforzar el interés por la importancia del Poder Político en la incorporación de los valores éticos al Derecho positivo. Será la voluntad del Poder, entendido en sentido amplio y, por consiguiente, con la participación de los ciudadanos en la sociedad democrática, quien incorpore esos valores al Derecho positivo. De ahí que sólo un poder democrático, que haya asumido esos valores puede incorporarlos al Derecho positivo. La relación será pues doble. Sólo el poder democrático estará legitimado porque será el único que realmente aceptará la incorporación de esos valores éticos al Derecho positivo.

e) La construcción de una teoría de los derechos fundamentales que integre a los derechos autonomía, a los derechos participación y a los derechos prestación que supone una concepción unitaria de todos ellos cuya finalidad última, utilizando unas u otras técnicas

aceptaría de paso la imposibilidad de construir una teoría de la Justicia. (Vid. sus dos trabajos, *El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural*, «Revista de de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», Madrid, 1978, págs. 73 a 88; y *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», Giuffré, Milán IV, serie LVII, 1980-3, págs. 479 a 495).

(186) Sobre este tema vid. el trabajo del profesor EUSEBIO FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, que se publica en este mismo Anuario, que he conocido con anterioridad por cortesía del profesor Fernández.

(187) Vid. *Reflexiones sobre Derecho y Poder*, en «Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro», Editora Nacional, Madrid, 1979, Tomo II, págs. 631 a 648, reproducido en «Libertad, Poder, Socialismo».

es hacer posible la autonomía moral del hombre. Esta tesis supone acabar con la contraposición entre libertad e igualdad, con la construcción de una teoría igualitaria de la libertad y con la eliminación del ámbito de los derechos fundamentales de aquellos de imposible contenido igualitario (188).

f) La construcción de una teoría de los derechos fundamentales como desarrollo de la necesidad de su positivación. De ahí deriva lo que creo se debe llamar teoría jurídica de los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, teoría del Derecho de los derechos fundamentales con el estudio de las formas de producción normativa o de incorporación de esos valores o principios éticos al Ordenamiento jurídico (lo que tradicionalmente se ha llamado teoría de las fuentes); el estudio del ejercicio, límites y suspensión de los derechos fundamentales, es decir el análisis de la dinámica del funcionamiento, de la puesta en práctica por su titulares de los derechos fundamentales reconocidos en el Ordenamiento, y el estudio de las garantías que aseguran la efectiva realización de esos derechos, especialmente las garantías judiciales. Estos aspectos que acabamos de señalar constituirán la Parte General de esa teoría jurídica y el análisis de cada derecho en especial constituirá la parte especial, aún por hacer, en la cultura jurídica española.

Los profesores Cascajo, de Castro Cid, Gómez Torres y Pérez Luño, bajo la dirección de este último, publicaron en 1979 una obra con la pretensión de analizar también el fenómeno de los derechos humanos en toda su integridad. Es también un trabajo típicamente planteado desde la Filosofía del Derecho, aunque el profesor Cascajo sea Constitucionalista, y obedece a las peculiares preocupaciones de nuestra materia. Su título será «Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico, sistema» (189).

Como ya dije en la tercera edición de mis «Derechos fundamentales» si se compara la problemática que abarca el libro que comentamos con mi propio trabajo se verá que los temas coinciden, aunque el planteamiento y los contenidos puedan diferir. Así el capítulo primero «Delimitación conceptual de los derechos humanos» corres-

(188) Recojo porque me parece interesante la distinción que hace el profesor Eusebio Fernández de los derechos por el valor preponderante que los fundamenta y así habla de derechos de seguridad, de libertad y de igualdad, siempre que sea compatible con lo que aquí decimos y no permita la construcción de compartimentos estancos, cosa que tampoco desea el profesor Fernández.

(189) Publicaciones de la Universidad de Sevilla, «Serie Derecho», núm. 38, 1979.

ponde a mi capítulo sobre el concepto. El capítulo segundo sobre «La dimensión científica de los derechos del hombre», se corresponde con mi capítulo sobre «El derecho de los derechos fundamentales y su estudio científico y filosófico» y también con mis reflexiones sobre la clasificación de los derechos fundamentales, ya que el profesor Castro Cid autor de esa parte, se extiende también en consideraciones sobre esa materia. El capítulo tercero «Estado de Derecho y derechos fundamentales» trata los temas que yo afronto en las garantías generales y que subtitulo «Los presupuestos de la sociedad democrática». El capítulo cuarto «El proceso de positivación de los derechos fundamentales» coinciden con mi tema «Las fuentes de los derechos fundamentales» que hoy preferiría denominar «Formas de producción normativa de los derechos fundamentales». El capítulo quinto «El problema de la protección de los derechos fundamentales», trata de temas análogos a mi capítulo sobre las garantías. La razón de esta coincidencia se debe, me parece, a la identidad de perspectiva, la de la filosofía del derecho, desde la que contemplamos el problema.

El profesor Pérez Luño en la Introducción de la obra enfocará el estudio desde unas coordenadas que comparto en su mayor parte.

«...El tránsito de las formas económicas, sociales y políticas del XIX a las de nuestro siglo, ha redundado en una importante mutación del sentido de los derechos del hombre, que puede observarse desde diversos niveles de consideración. Así, en el plano filosófico se advierte la tendencia al abandono de la pretensión de un fundamento absoluto de la libertad en abstracto, para reconocer abiertamente el carácter histórico de las distintas libertades concretas. En el político, el marcado individualismo que sirvió de trasfondo ideológico de las primeras declaraciones burguesas de los derechos del hombre, concebidos para salvaguardar su autonomía frente al Estado, ha dejado paso a un enfoque social de tales derechos, que hoy se ven como poderes, de actuación social y política que reclaman la intervención directa del Estado. Paralelamente en el plano jurídico la evolución de los derechos fundamentales, a partir del «status libertatis» ha dado sucesivamente paso a un «status activae civitatis» y a un «status positivus socialis», en la medida en que las exigencias económicas y sociales requerían nuevos cauces técnico jurídicos de positivación...» (190).

La delimitación conceptual —capítulo primero de la obra— aportará a la cultura jurídica española en ese campo la dimensión del

análisis lingüístico, hasta entonces inexistente o muy insuficiente, en términos que, a mi juicio, la hacen muy útil para la indagación sobre el concepto, y la de la informática y del estructuralismo. A mi juicio, el profesor Pérez Luño, supervalorará el trabajo del Instituto Internacional de Estrasburgo sobre ese tema, como también, la importancia de la escolástica española de los siglos XVI y XVII en la formación del concepto de derechos humanos en el mundo moderno. Así dirá:

«...En efecto durante los siglos XVI y XVII una serie de teólogos y juristas de la escuela española, que en gran medida representó un esfuerzo de adaptación del iusnaturalismo escolástico medieval a los problemas de la modernidad, prestaron una contribución decisiva a la afirmación de los derechos humanos desde diversos ángulos...» (191). No estoy convencido de que eso fuera así. Las aportaciones de Suárez, Vázquez de Menchaca, Vitoria y Bartolomé de las Casas se quedaron aisladas, como se aisló España del contexto en que se producirá la moderna filosofía de los derechos del hombre que desemboca en las declaraciones de derechos y cuando en el siglo XIX nos viene esa filosofía, es desde fuera. En todo caso, y sólo a través de la influencia que tuvieron en Grocio y los iusnaturalistas racionalistas posteriores, se podría apuntar la relación, pero creo que esa investigación, respecto a los temas que plantea el profesor Pérez Luño está por hacer.

Se subrayará el carácter histórico de los derechos humanos, lo que no sólo es contradictorio con la «ilusión iluminista» como se pretende en el trabajo, sino también con el Derecho Natural clásico, y como argumento a favor de ese carácter histórico se apunta, entre otros, una importante: «...Existen hoy derechos que juzgamos muy importantes, especialmente en el plano económico y social, que ni tan siquiera fueron intuitos por los autores de las declaraciones del XVIII...» (192).

La definición que ofrece el profesor Pérez Luño no se plantea, como un poco apresuradamente dije en la última edición de mis «Derechos fundamentales», desde la misma perspectiva de mi teoría dualista o al menos hay importantes diferencias (193). Para él «...los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las

(191) *Obra citada*, pág. 33.

(192) *Obra citada*, pág. 33.

(193) Hice aquella observación que hoy rectifico en nota 20 del Tema primero, pág. 30 de esa última edición de diciembre de 1980, con una lectura que reconozco apresurada del trabajo del profesor Pérez Luño.



exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, a nivel nacional e internacional...» (194). Creo que estamos ante una definición iusnaturalista, deontológica o atenuada y matizada por el reconocimiento del carácter histórico que adoptan esas exigencias humanas, pero que considera derechos humanos esas facultades e instituciones, aún sin ser reconocidas por los ordenamientos positivos, mientras que, a mi juicio, no se puede hablar plenamente de derechos humanos, dando a esa palabra su sentido jurídico pleno, si no existe ese reconocimiento. ¿Por qué sino, qué añade al derecho humano su reconocimiento en el Derecho positivo? Y desde otro punto de vista, el del fracaso de la positivación. ¿Qué ocurre con esas exigencias de la dignidad, de la libertad o de la igualdad si no se pueden esgrimir jurídicamente ni garantizar por los tribunales?

Tampoco compartiría plenamente la inclusión al mismo nivel de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas como valores que fundadamente sólo una perspectiva de los derechos humanos junto a la dignidad es un *prius*, síntesis de la condición humana y de su cualidad moral que a su vez para realizarse necesita la libertad y la igualdad. En ese sentido la dignidad del hombre no es un valor que fundamente sólo una perspectiva de los derechos humanos junto a la libertad y a la igualdad, sino que es la raíz de todo el edificio sobre él que la libertad y la igualdad, o como yo prefiero decir, la libertad con contenido igualatorio, hoy contenido material de la Justicia, edifican el entramado de los derechos del hombre.

El profesor De Castro Cid abordará en el trabajo el problema de la dimensión científica de los derechos del hombre, con una amplitud, una aportación de datos e intento de síntesis hasta ese momento no realizados en el ámbito de la cultura jurídica española. Tampoco conozco ninguna aportación tan amplia en otros países. Sus conclusiones básicas serán las siguientes:

a) Posibilidad y necesidad de una ciencia de los derechos del hombre.

b) Caracterización de esa ciencia como una ciencia específica independiente que califica como ciencia integral con el objeto de convertir «...la materia de los derechos del hombre en un objeto general y autónomo, en una entidad jurídica independiente y separada, sobre la que se proyectaría la doble perspectiva fundamental,

filosófica y científica del saber jurídico, con sus variadas ramificaciones...» (195).

c) Concreción de un programa de contenido de esa ciencia integral, acorde con sus presupuestos, con seis grandes partes: La ciencia de los derechos del hombre; Delimitación conceptual de los derechos del hombre; Evolución histórica de los derechos del hombre; Fuentes del Derecho de los derechos del hombre; Estudio sistemático de los derechos del hombre, y Protección de los derechos del hombre.

d) Necesidad de una enseñanza sistemática, configurada como una disciplina específica y autónoma a nivel universitario, junto con el lugar adecuado para la enseñanza de los derechos fundamentales «en todos los programas de educación de los diferentes niveles y tanto en la educación escolar como en la extraescolar...» (196).

Mi coincidencia con esas conclusiones es amplia en lo sustancial. Solamente los matices que comporta mi teoría dualista me lleva a algunas diferencias de matiz, aunque sin duda importantes.

Aunque el profesor De Castro Cid dirá que el tema «se presenta ante todo como un fenómeno jurídico» (197), luego matizará hasta colocarse como el profesor Pérez Luño, en una posición iusnaturalista al decir que «la expresión derechos del hombre connota una noción ambigua, en cuanto que parece hacer referencia a unos derechos que le corresponden al hombre por el simple echo de serlo y que la legislación positiva debe reconocer y proteger, pero que no dejan de ser tales derechos aunque sean ignorados o incluso burlados por el Derecho positivo...» (198). Este planteamiento le obligará a hablar de ciencia integral que comprende los aspectos filosóficos y científicos, mientras que yo prefiero distinguir la filosofía de los derechos fundamentales que analizaría la formación y el contenido dinámico de los valores que fundamentan a los referidos derechos y una dimensión científica, que analizaría tanto las normas de Derecho Positivo —teoría jurídica de los derechos fundamentales— como sus incidencias sociales y su eficacia —sociología de los derechos fundamentales— puesto que mi teoría dualista contempla a los derechos fundamentales en un proceso de formación, que sólo permitiría hablar de derechos cuando se incorporasen al Derecho positivo, todo ello, sin perjuicio de la necesaria coordinación de estos distintos aspectos de estudio.

Este trabajo se complementa con un estudio sobre la clasifica-

(195) *Obra citada*, pág. 67.

(196) *Obra citada*, pág. 94.

ción de los derechos humanos (199), que contiene asimismo elementos muy positivos que sin duda enriquecen la cultura jurídica española en la materia. Así, por ejemplo, la ordenación de la clasificación en el panorama doctrinal, que facilita precisiones para la clasificación, al distinguir los distintos ámbitos científicos de elaboración de las clasificaciones, es decir el ámbito de los derechos públicos subjetivos, el de las libertades públicas y el de la teoría de los derechos humanos (200). También subrayaría una observación muy acertada que se hace, de pasada, y que, sin embargo, sale al paso de una creencia muy extendida que identifica derechos sociales con derechos de crédito que exigen una prestación por parte de los poderes públicos, lo cual exige matices importantes.

«...Hay que reconocer que esta categoría de los derechos «sociales» adolece de una gran ambigüedad científica, tanto por su propio nombre como por la enorme variedad de enfoques o interpretaciones que recibe o por la indeterminación de su propio significado y alcance. Esto, no obstante, es correcto afirmar que la característica fundamental de estos derechos es la de constituir poderes de exigir del Estado prestaciones positivas. Y ello a pesar de que algunos de los derechos calificados como sociales, no constituyen verdaderos poderes de exigir, como ocurre en el caso de la libertad de sindicación, del derecho de huelga, del derecho de propiedad, etcétera...» (201).

Por fin me parecen asimismo pertinentes las observaciones metodológicas que le llevan a exigir corrección y utilidad a los criterios de clasificación de los derechos fundamentales.

Dicho esto, no estoy seguro de que el criterio de clasificación único que utiliza, en base al carácter o contenido peculiar de los derechos, sea suficiente para la utilidad que el profesor De Castro requiere en sus exigencias metodológicas. En concreto no sería muy útil para ordenar, por ejemplo los derechos y libertades fundamentales del Título I de nuestra Constitución de 1978 (202). Por otra

(197) *Obra citada*, pág. 48.

(198) *Obra citada*, pág. 53.

(199) *Vid. Obra citada*, págs. 96 a 151.

(200) *Obra citada*, págs. 98 a 114.

(201) *Obra citada*, pág. 112. Hay, sin embargo, que observar que si el valor que fundamenta a esos derechos sociales es la igualdad, o dicho de otra forma la pretensión de dotar de contenidos igualitarios a la libertad, no parece congruente incluir en esta categoría ni siquiera en el género de los «derechos fundamentales» a la propiedad que posee un imposible contenido igualitario.

(202) *Vid. Derechos Fundamentales*, Tema III, *Clasificación de los derechos fundamentales* el apartado referente a «la sistemática Constitucional

parte su concepción muy amplia incluye a algunos derechos difíciles de considerar como fundamentales y que desde luego ninguna clasificación de Derecho positivo incluye, al menos en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, «el derecho a escalafón» (203). En otros supuestos sitúa como derechos fundamentales a peculiaridades de algunas países también de difícil inserción en estas categorías. Así por ejemplo «el derecho a la libertad de portar armas» (204). Por fin configura como derechos fundamentales a algunos que, tal como se formulan, son de imposible positivación y que deberían ser concretados o divididos en varios más concretos que pudieran ser susceptibles de reconocimiento positivo y de garantía. Así por ejemplo el «derecho a un nivel de vida adecuado», al «trabajo», al «desarrollo de la personalidad», a «la libre determinación del desarrollo social», el «derecho de resistencia», etcétera (205). Precisamente por la variabilidad de los contenidos que el propio profesor De Castro reconoce (206) es muy difícil considerar a la clasificación por el contenido como la más adecuada y que «...hoy por hoy no sería conveniente, y tal vez ni siquiera posible, configurar ninguna otra categoría adicional...» (207).

El profesor Pérez Luño dedicará el capítulo tercero a la relación entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y la posición que sustenta en este ámbito permite inscribirle entre aquellos autores que se sitúan ante este problema, en la cultura jurídica española, en la perspectiva del socialismo, aunque insista en incorporar componentes iusnaturalistas. Quizás la postura que sostiene se puede resumir en este párrafo.

«...En todo caso las exigencias de justicia material implícitas en

española. Fuentes y garantías como criterios de clasificación de los derechos fundamentales» en la 3.ª edición, Madrid, diciembre 1980.

(203) *Obra citada*, pág. 149.

(204) *Obra citada*, pág. 149.

(205) *Obra citada*, págs. 147 a 150.

(206) Así en la página 108 dirá que «...el valor de dichas clasificaciones será siempre muy relativo... porque el mismo elenco de derechos que se han de clasificar constituye ya una materia indeterminada, en cierta medida, en cuanto que la conciencia ética de la humanidad está sometidos a una constante revisión...» y en la propia página 121, donde se formula la clasificación, la nota 160 refiriéndose a los derechos fundamentales, en los documentos que los reconocen, dirá que se pueden encontrar hasta 80 derechos diferentes, pero que «...la lista de tales derechos no está ni mucho menos cerrada, sino que de forma progresiva van añadiéndose derechos nuevos al catálogo de los derechos humanos o se dan nuevas formulaciones a derechos ya tradicionalmente proclamados...».

(207) *Obra citada*, pág. 121.

el desarrollo histórico del iusnaturalismo, siguen siendo una vieja aspiración insatisfecha de la humanidad. Esa aspiración constituye, a mi entender, el motor de la lucha por el Estado de Derecho y a ella deben referirse los medios técnicos con que dicha fórmula política se dirige a conseguir sus objetivos, que explícita o implícitamente, rebasan siempre el ámbito de las meras garantías formales.

Por este motivo la clave de una definición explicativa del Estado de Derecho reside en demostrar la estrecha correlación existente entre su componente ideológica, que genéricamente se identifica con la lucha por la justicia entendida ésta como el resultado de las exigencias que la razón práctica descubre en cada momento histórico como imprescindibles para posibilitar una convivencia social basada en los derechos fundamentales de libertad e igualdad—, y su estructura técnico-formal, cuyo principal objetivo es la creación de un clima de seguridad jurídica en el desarrollo de la actividad estatal...» (208).

En todo caso la relación entre Estado de Derecho y derechos fundamentales se marcará claramente, con lo que se valora el papel del poder político en el momento de la positivación de los derechos fundamentales. «...Si es innegable la dependencia histórica del Estado de Derecho, de las declaraciones de derechos humanos, no es menos cierto que éstas no pueden alcanzar su formalización positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado...» (209). De ahí que el progreso de los derechos fundamentales y la incorporación plena de los derechos económicos, sociales y culturales a su concepto exija paralelamente la evolución del Estado social hacia el Estado democrático de Derecho (210).

En el capítulo cuarto, también a cargo del profesor Pérez Luño, se estudiará el problema de la positivación de los derechos fundamentales desde tres perspectivas que, ciertamente cubren los problemas más importantes que se plantean: en primer lugar las posiciones doctrinales ante la positivación, en segundo lugar un análisis sistemático de las formas de producción normativa de los derechos fundamentales que el profesor Pérez Luño denomina análisis

(208) *Obra citada*, pág. 169.

(209) *Obra citada*, pág. 154.

(210) Vid. especialmente, págs. 170 a 172. No compartiría, sin embargo, la tesis que se desprende de la nota 36 (págs. 161 y 162) respecto al significado del art. 1-1 de la Constitución Española. Vid. en ese sentido mi libro, *La Constitución Española de 1978: Un estudio de Derecho y política*, Fernando Torres, Madrid, 1981, especialmente el capítulo II, *Conceptos fundamentales*, II, *El enfoque general del artículo Primero*, párrafo primero, págs. 26 a 30.

sincrónico y, por fin, un estudio histórico de la evolución de los procesos de positivación a través del tiempo que denominará diacrónica. El esquema general me parece irreprochable.

Creo que se debe subrayar, como ya lo hemos hecho en relación a capítulo anterior, la posición favorable a la atribución a los derechos sociales de las condiciones plenas de derechos fundamentales. En polémica con el pensamiento liberal ortodoxo se subrayará la importancia y el sentido progresivo de unos derechos que considerará plenamente como tales:

«...En muchas ocasiones se ha llegado a considerar que las libertades y los derechos sociales eran no sólo categorías diversas, sino contrapuestas y que la progresiva ampliación de la esfera de los derechos sociales implicaba necesariamente una disminución de los derechos individuales. Así se ha creído que la implantación de los derechos sociales a la asistencia sanitaria o a la educación han supuesto, de hecho, una limitación de la libertad de elegir médico o escuela. Entiendo, sin embargo, que el nacimiento y paulatino reconocimiento de los derechos sociales no puede interpretarse como una negación de las libertades, sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance; ya que estas, en nuestro tiempo, no pueden concebirse como un atributo del hombre aislado que persigue fines individuales y egoístas, sino como un conjunto de facultades del hombre concreto que desarrolla su existencia en relación comunitaria y conforme a las exigencias del vivir social...» (211).

Y refiriéndose a su consideración como categoría jurídica positiva dirá:

«...Es innegable que entre los derechos tradicionales de libertad y la nueva categoría de los derechos sociales se dan importantes diferencias, lo mismo respecto a su significación que, en lo que se refiere a los medios jurídicos a emplear para su tutela. Ahora bien, esto no debe conducir a un desconocimiento de la profunda complementariedad que existe entre ambas categorías ni a la negación de la positividad de los derechos sociales...» (212).

En cuanto a su fundamentación dirá con agudeza que «...si el reconocimiento de los derechos individuales supone una garantía frente al absolutismo del Estado, que si no sitúa como fin de su política social la libertad, degrada los derechos de sus ciudadanos a simples intereses objeto de protección en cuanto sean acordes con

(211) *Obra citada*, nota 85, pág. 208. Creo, sin embargo, que este texto posee suficiente enjundia para pasar al texto y no ser, únicamente, una nota.

(212) *Obra citada*, pág. 213.

los de quienes detentan el poder; la proclamación de los derechos sociales suponen una garantía para la democracia, esto es, para el efectivo disfrute de las libertades civiles y políticas...» (213).

Por fin reconoceré en este campo el papel histórico del reformismo socialista, cuando dice que «...la influencia de la praxis política del movimiento social demócrata ha sido decisiva para la evolución en sentido «social» de los derechos fundamentales y ha marcado el tránsito del Estado Liberal al Estado social de Derecho...» (214).

En la evolución histórica del proceso de positivación marcará con claridad las diferencias entre los textos medievales y los textos modernos (215) aunque no subrayaré, a mi juicio, el carácter histórico moderno del propio concepto de derechos fundamentales. También marcará agudamente los cambios que se producen en el proceso de positivación con la incorporación de los derechos sociales tanto en la fundamentación como en su titularidad y en su naturaleza jurídica (216).

El peculiar proceso que sigue la positivación en Inglaterra será analizado adecuadamente, poniendo de relieve el cambio sin ruptura desde las libertades estamentales medievales a las libertades modernas: «...En el transcurso de este largo período, las libertades enunciadas en la Carta Magna, sufren una radical metamorfosis. De libertades en sentido exclusivo y estamental en régimen de Derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del Derecho público. Es cierto que en el Bill of Rights se proclama que se reafirman y aseguran antiguos derechos y libertades (ancient rights and liberties), ya reivindicados por sus mayores, pero en su enunciado se acentúa su carácter general y así se habla de: «undoubted rights and liberties...» (217).

Quizás donde menos coincido con el profesor Pérez Luño es en sus referencias al tema en la Constitución española de 1978, que queda un poco al margen de este estudio, aunque no puedo dejar de señalar que en su enumeración de los instrumentos de positivación que establece la Constitución que enumera hasta cinco, olvida

(213) *Obra citada*, pág. 217.

(214) *Obra citada*, pág. 249.

(215) Vid. *obra citada*, pág. 242, donde señalará las diferencias respecto a la fundamentación, a la titularidad y a la naturaleza jurídica.

(216) Vid. *Obra citada*, pág. 248.. Sobre esta ambigüedad respecto al carácter moderno del concepto de derechos fundamentales vid., pág. 241.

(217) *Obra citada*, pág. 241.

al artículo 1-1, que incluye precisamente los valores superiores del Ordenamiento (218). Tampoco a mi juicio queda siempre claro el valor normativo directo de la Constitución y tampoco comparto la desconfianza con que contempla a las leyes orgánicas, que desde mi punto de vista son, por el contrario, una garantía para los derechos fundamentales (219).

Del trabajo del profesor Cascajo sobre la Protección de los derechos humanos —capítulo quinto— se puede destacar la primera parte que titulará «Presupuestos teóricos en torno al problema de la protección de los derechos humanos» (220). Allí se apuntarán los problemas que supone la evolución de los derechos fundamentales, con la acentuación de su dimensión social y solidaria frente al originario individualismo aislado. De ahí pasará a la crítica, por insuficiente, de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, y una explicación de la doctrina alemana de la «Wert theorie», es decir la que supone que los derechos fundamentales «...no sólo son derechos del ciudadano frente al Estado, sin que representan también un sistema objetivo de valores que deben encontrar respeto en cualquier sector del Ordenamiento...» (221). Son particularmente interesante sus observaciones respecto a la tutela de los derechos sociales «...porque es evidente que las garantías de los derechos sociales no miran tanto a poner limitaciones cuanto a posibilitar prestaciones positivas, lo que en definitiva redunda en favor del valor libertad, pero a través del valor participación...» (222).

También apuntará observaciones relevantes respecto «al problema de su legitimación activa en materia de impugnación o defensa jurisdiccional...» donde como dice «...parece también congruente la aspiración a superar criterios excesivamente individualistas en esta materia...» (223).

No se ocupará del análisis de lo que yo llamo las garantías generales, es decir «el estudio de las estructuras socio económicas culturales y políticas, que mejor garantizan al disfrute de los de-

(218) *Obra citada*, págs. 189 y 190.

(219) *Obra citada*, págs. 184 a 194 y más tarde, pág. 226. Aunque su obligatoriedad se extiende a mi juicio, sólo para los derechos de la sección primera del Capítulo segundo del Título primero y no para todo el Título. Las restantes regulaciones exigirán ley Ordinario (Vid. frente a eso Pérez Luño, página 191).

(220) Vid. *Obra citada*, págs. 262 a 278.

(221) *Obra citada*, pág. 275.

(222) *Obra citada*, pág. 277.

(223) *Obra citada*, pág. 277.



rechos humanos...» (224) porque, dirá «supone alejarse del campo del Derecho... además de arriesgarse a caer en la pura especulación retórica, proclive a frecuentes hipóstasis entre el deseo y la realidad...» (225), aunque reconozca la necesidad de un trabajo interdisciplinar al respecto.

La segunda parte, por el contrario, exige a mi juicio, una ampliación en las sucesivas ediciones especialmente para recoger el sistema de protección de la Constitución española y probablemente también el sistema del Convenio Europeo de derechos humanos.

El libro termina con un trabajo del profesor Gómez Torres sobre «El abuso de los derechos fundamentales». Creo que hubiera sido más adecuado tratar el tema desde una perspectiva más amplia: los límites de los derechos fundamentales. Creo que se fuerza el problema al identificar casi límites con abuso, cuando dice el profesor Gómez Torres que «...la aplicación de la teoría del abuso del derecho permite un tratamiento unitario de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, superando la presente dispersión con que tales límites han sido entendidos habitualmente...» (226). Como él mismo recuerda en su trabajo prefiero restringir al abuso del derecho como un límite intrínseco subjetivo, dejando a los límites extrínsecos aparte, incluyendo allí al derecho ajeno, a la moral vigente, al orden público y al bien común.

De todas maneras el apreciable trabajo sobre el abuso aporta elementos interesantes de reflexión especialmente las páginas que se dedican a los límites políticos al derecho de asociación (227) aunque se habían de tener en cuenta también posiciones distintas sobre el tema, como la del profesor Antonio Rovira, en reciente tesis doctoral sobre «El abuso de los derechos fundamentales» donde analizará críticamente la posibilidad de extender al campo de los derechos fundamentales la doctrina privatística del abuso (228).

(224) *Obra citada*, nota 18, pág. 268.

(225) *Obra citada*, nota 18, pág. 268. Aquí criticará como «no muy logrado» mi reflexión sobre esta materia en *Derechos Fundamentales* y citará por la edición de 1973, sin considerar la 2.ª de 1976, como asimismo harán los restantes autores de este trabajo, que es, sin embargo, de 1979. De todas formas es probable, como dice el profesor Cascajo, que aquella aproximación que hice no sea muy lograda y exija una reelaboración en otras ediciones.

(226) *Obra citada*, pág. 329.

(227) *Obra citada*, pág. 321 a 327.

(228) Vid. ANTONIO ROVIRA, *El abuso de los derechos fundamentales*, tesis doctoral dirigida por el profesor Tierno Galván en la Universidad Autónoma y que he conocido por cortesía del doctorando.

Creo que con el libro que acabo de comentar nos situamos ya en el límite del tiempo y nos faltaría perspectiva si intentásemos agotarlo. El primer número del «Anuario de Derechos Humanos» será ya una continuación, con sus aportaciones de esta cultura jurídica española en el ámbito de los derechos fundamentales que intento describir y valorar en este artículo. Los cursos del Instituto de Derechos Humanos y las reflexiones y trabajos que se hacen en otros departamentos y en otras Universidades permiten la esperanza.

### CONCLUSION PROSPECTIVA

De todo lo que hemos visto que, sin duda, no es exhaustivo y contiene lagunas y omisiones, pero que es una primera contribución al tema a la que he dedicado buena porción de tiempo, se deduce una importante vitalidad en la cultura jurídica española actual, en el tema de los derechos humanos. Sin perjuicio de otras aportaciones creo que la característica más peculiar de esta construcción doctrinal es el papel protagonista de la Filosofía del Derecho, que sitúa normalmente el tema en el ámbito de la teoría de la Justicia, lo que supone una mayor atención hacia las raíces y fundamentos y hacia los problemas de teoría general lo que es más desacostumbrado en otras culturas jurídicas. Junto a esas aportaciones se desarrollan otras en disciplinas como el Derecho Constitucional y Administrativo, fundamentalmente.

La Constitución y la labor de los Tribunales Ordinarios y del Tribunal Constitucional han generado ya una dinámica y unas aportaciones doctrinales que se comentan en otros trabajos de este Anuario pero que todavía es prematuro evaluar a este nivel. Es necesario dejar al tiempo que aumente la perspectiva.

Sin ningún afán exhaustivo y sobre la base de lo ya trabajado me parece que las lagunas y las insuficiencias, apuntan hacia una serie de objetivos que sin duda van a constituir el contenido de los esfuerzos de los estudiosos y en concreto de los programas de estudio y de investigación del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Se pueden concretar en los siguientes:

*Primero.*—Profundización en el concepto y en los fundamentos de los derechos humanos. Este es un tema permanente, de

nunca acabar, y aunque se están produciendo aproximaciones interesantes, exige aún mucho esfuerzo de reflexión (229).

*Segundo.*—Desarrollo de un análisis histórico en profundidad, tanto al nivel de la formación de los valores y principios éticos que fundamentan los derechos fundamentales y que yo denomino Filosofía de los Derechos fundamentales, como al nivel del proceso de positivación en el mundo moderno, en lo que llamaré el profesor Pérez Luño síntesis diacrónica.

*Tercero.*—Esclarecimiento y puesto de los derechos económicos, sociales y culturales en el conjunto de los derechos fundamentales, con especial atención en la génesis histórica y en el estatuto jurídico y en las garantías de esos derechos (230). Este tema exige una conexión con las funciones del poder, del Estado y también plantea en consecuencia una reelaboración de las funciones clásicas del Derecho.

*Cuarto.*—Desarrollo de la teoría jurídica de los derechos fundamentales en lo que yo denomino parte especial, es decir, el análisis de cada uno de los derechos que comprenden el amplio catálogo actual (231).

*Quinto.*—Desarrollo de la problemática que plantea el Título primero de la Constitución y a partir de eso análisis del Derecho Positivo español en materia de derechos fundamentales. En ese mismo sentido estudio y comentario de las Sentencias de los Tribunales Ordinarios y del Tribunal Constitucional que afecten o se refieran al tema de los derechos fundamentales (232).

*Sexto.*—Profundización del estudio del Derecho Internacional

(229) En este sentido y aparte de todo lo ya indicado se debe señalar el excelente trabajo realizado por el profesor Prieto Sanchís en su tesis doctoral sobre *Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* que hace aportaciones importantes sobre este tema, especialmente para el esclarecimiento de los conceptos de Libertad y de Igualdad. Obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* en un Tribunal presidido por el profesor Sánchez Agesta y del que formaron parte Joaquín Ruiz-Giménez, Elías Díaz, Jorge de Esteban y yo como director de la misma. Espero que pronto se pueda publicar.

(230) Sobre este tema está realizando su tesis doctoral, bajo mi dirección, el profesor Jesús González Amuschástegui

(231) Sobre esto, trabaja, por ejemplo en su tesis doctoral, bajo mi dirección el profesor Jerónimo Betegón que trata uno de los derechos clásicos más importantes y de mayor actualidad, sin embargo: «Las garantías procesales».

(232) Con esa finalidad el Instituto de Derechos Humanos celebrará Sesiones Académicas públicas cada mes para discutir con ponentes especialmente escogidos cada artículo del Título primero y las principales sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derechos humanos.

de los derechos fundamentales, especialmente de la rama regional europea que afecta directamente a nuestro país (233).

*Séptimo.*—Fomento e impulso de investigaciones sociológicas. En efecto, desde la construcción de las perspectivas teóricas en que se deben desenvolver una sociología de los derechos fundamentales hasta la iniciación de programas de estudios sociológicos empíricos existe un largo camino por recorrer en este campo.

Dentro de un tiempo, dejando pasar algunos años y por supuesto esperando el fruto de las tareas de enseñanza y de investigación del Instituto de Derechos Humanos, habrá que hacer de nuevo un balance de la situación de los derechos fundamentales en la cultura jurídica española. Sobre lo ya realizado se podrá, sin duda, analizar el grado de desarrollo de estos objetivos que me parecen los principales hoy. También podremos compararlos con las exigencias y las orientaciones más importante que entonces nos presenten a los estudiosos. En todo caso si el balance hoy resulta positivo, parece que se puede mirar también hacia adelante con esperanza.

(233) Sobre el tema del Recurso individual ante el Consejo de Europa, trabaja, bajo mi dirección, en su tesis doctoral, la profesora Elena Beltrán.